Crim. 10a

<36607653530013

<36607653530013

Bayer. Staatsbibliothek

Die
Warnungstheorie

nebst einer

Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien

von

Dr. Anton Bauer,

Hofrath und Professor des Rechts an der Georg-August-Universität.

Göttingen
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1830.

Crim. 10 9

Moneat lex poenalis, priusquam feriat.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

52 BG

Seiner Excellenz

dem

Herrn

Dr. Carl Wilhelm August

Freiherrn v. Stralenheim,

Königlich Grossbritannisch - Hannöverschem

Staats - und Cabinets - Minister,

Curator der Georg - August - Universität,

Grosskreuz des Guelphenordens

ehrerbietigst

gewidmet.

Vorrede.

Eine fest begründete, folgerichtig durchgeführte, und mit möglichster Klarheit und Bestimmtheit dargestellte, philosophische Strafrechtstheorie, ist als eine ganz unentbehrliche Grundlage für die Wissenschaft, für die Gesetzgebung, und für die Rechtssprechung zu betrachten.

Ohne ein höchstes Grundprincip gibt es keine wahre *Wissenschaft* des Strafrechts, keine Zurückführung des Mannichfaltigen auf Einheit, keine Wahrheit und Präcision der Grundbegriffe und Grundsätze, keine Verknüpfung der einzelnen Lehren zu einem har-

monischen Ganzen, keine Norm für die Beurtheilung der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit bestehender Strafgesetze, mithin auch keine Philosophie des positiven Strafrechts.

Der *Strafgesetzgebung* würde es, ohne eine philosophische Straftheorie, an allgemeinen Principien für die Strafwürdigkeit der Handlungen, für die Strafarten, und für das Strafmaas, mithin an einer sicheren Grundlage, und also an Haltung, Einheit und Consequenz fehlen. Das Strafgesetzbuch würde eben daher nichts weiter, als eine äussere Zusammenstellung sehr verschiedenartiger, willkürlicher und schwankender Satzungen seyn.

Auch die gehörige *Auslegung*, so wie die richtige und gleichförmige *Anwendung* der Strafgesetze, ist durch eine, denselben zum Grunde gelegte, Straftheorie bedingt. Nur bei einem Strafgesetzbuche, das auf allgemeinen, festen Grundsätzen beruht, und diese durch den Inhalt seiner Vorschriften

offenbart, kann von einem Geiste der ganzen Legislation die Rede seyn; nur unter dieser Voraussetzung ist es möglich, die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen dem Geiste des Gesetzbuches gemäs auszulegen und anzuwenden, die unvermeidlichen Lücken desselben durch eine, stets ausreichende Rechtsanalogie, zu ergänzen, und die Strafe, so weit solche das Gesetz unbestimmt gelassen hat, nach dem, vom Gesetzgeber gebilligten Maasstabe zuzumessen.

Nur die, durch eine philosophische Straftheorie aufgestellten, allgemeinen Grundsätze vermögen endlich den Bürger gegen den Missbrauch der, höchst gefährlichen und oft gemissbrauchten Strafgewalt, gegen den nachtheiligen Einfluss stets wechselnder, individueller Ansichten der Strafgerichte, und gegen Richterwillkür zu sichern.

Die Aufstellung einer, allen diesen Forderungen entsprechenden Straftheorie, ist daher eine, für den Staat und die Menschheit

höchst wichtige Aufgabe der philosophischen Rechtslehre.

Das Bedürfniss einer solchen Straftheorie wurde zwar niemals ganz verkannt; allein erst seitdem die Rechtsphilosophie überhaupt, insbesondere das natürliche Staatsrecht, mit regerem Eifer und glücklicherem Erfolg bearbeitet wurde, versuchte man das, nun erst tiefer gefühlte Bedürfniss zu befriedigen. Aus diesen Bestrebungen der Rechtsphilosophen, welche die Auffindung eines höchsten Strafrechtsprincips, als ihr gemeinschaftliches Ziel, auf verschiedenen Wegen zu erreichen suchten, entstanden nun mancherlei Straftheorien, die aber gerade durch ihre Verschiedenheit nicht nur ein desto lebhafteres Interesse, sondern auch eine um so vielseitigere Prüfung erzeugten, und hierdurch die Aufstellung einer haltbaren und brauchbaren Theorie vorbereiteten.

Auch ich glaubte, nachdem ich mich seit vielen Jahren mit der Rechtsphilosophie,

so wie mit der Theorie und Praxis der Strafrechtswissenschaft, in mannichfaltigen Beziehungen, beschäftigt hatte, einen Versuch machen zu dürfen, zur Lösung jener wichtigen Aufgabe etwas beizutragen, zu welchem Ende ich in meinem Lehrbuche des Strafrechts, und in einer gleichzeitig im Neuen Archiv des Criminalrechts (B. IX. S. 429 f.) erschienenen Abhandlung, als das Ergebniss meiner, diesem wichtigen Gegenstande gewidmeten Forschungen, die *Warnungstheorie* aufstellte. Gleich damals behielt ich mir es vor, der festeren Begründung und weiteren Entwickelung dieser Theorie eine eigne Schrift zu widmen. Erst jetzt, nachdem ich über jenen Versuch manche Stimmen vernommen, und durch fortgesetzte sorgfältige Prüfung, und Anwendung der Warnungstheorie, mich von deren Richtigkeit und Brauchbarkeit noch fester überzeugt habe, übergebe ich dem Publicum die angekündigte Schrift,

indem ich solche mit folgenden Bemerkungen begleite.

Der erste und Hauptgegenstand derselben, besteht in Begründung und Darstellung der Warnungstheorie, nebst einer Vergleichung derselben mit der Feuerbachschen Theorie, und einer Prüfung der gegen erstere erhobenen Zweifel. Auf diesen Gegenstand durfte ich mich aber nicht beschränken, sondern musste, um alle Einseitigkeit zu vermeiden, und um die Vergleichung mit den Ansichten Anderer zu erleichtern, eine vollständige Zusammenstellung und Beurtheilung sämmtlicher Straftheorien hinzufügen. Zugleich wollte ich durch richtige Classification, so wie durch präcise, lichtvolle Darstellung der verschiedenen Systeme, dem, oft bemerkten, Mangel klarer und bestimmter Ansichten von der eigenthümlichen Natur der einzelnen Theorien, abhelfen, mannichfaltige Missverständnisse beseitigen, und durch alles dieses eine sehr wünschenswerthe endliche Vereinigung der Meinungen über die

letzten Gründe des Strafrechts befördern. Ausserdem kann diese Schrift auch als ein Commentar über die betreffenden Theile meines Lehrbuches der Strafrechtswissenschaft betrachtet werden, und in soweit die Stelle ausführlicherer Vorträge über das philosophische Strafrecht vertreten.

Die Natur des Stoffs, und der hierdurch bestimmte Plan, brachten es mit sich, dass ich auf manche Gegenstände, wegen ihrer verschiedenen Beziehungen, mehrmals zurückkommen musste. Eben deshalb darf ich nicht besorgen, der Wiederholung beschuldigt zu werden, und diess um so weniger, da man sich aus der vorgedruckten Inhaltsanzeige von der systematischen Anordnung überzeugen wird, und da ich, so oft eine wiederhohlte Erwähnung des nemlichen Gegenstandes nothwendig wurde, dessen nur in gedrängter Kürze gedachte, und dabei auf die vorausgehende ausführlichere Entwickelung desselben hinwiess.

Mag nun das Schicksal der Warnungstheorie seyn, welches es will, so wird man ihr doch wenigstens das Zeugniss nicht versagen, dass sie weder als eine müssige Speculation, noch als das Erzeugniss des eiteln Bestrebens, neu zu seyn, anzusehen, sondern vielmehr aus richtigen Ansichten vom Wesen des Rechts und des Staats, so wie aus einer Verbindung der Früchte des theoretischen Studiums, mit den Erfahrungen des Lebens, hervorgegangen ist. Auch wird diese Schrift jedenfalls, als ein Beitrag zur endlichen Lösung der wichtigen Aufgabe des philosophischen Strafrechts, so wie zur Beseitigung mancher Irrthümer, und zur Verbreitung richtiger Ansichten, nicht ohne allen Nutzen seyn.

Göttingen im April 1830.

A. Bauer.

Inhaltsanzeige.

Erster Abschnitt. Darstellung der Warnungstheorie.

Erstes Capitel. Rechtliche Begründung der Strafgewalt des Staats.

I) Vom *Staate* überhaupt.

Einleitung. §. 1. S. 1

A) Ursprung des Staats. §. 2. — 2

B) Begriff des Staats. §. 3. — 6

C) Zweck des Staats. §. 4. — 8

II) *Aufgabe* der Staatsgewalt. §. 5. . . . — 16

III) *Mittel* zur Lösung dieser Aufgabe:

A) Von den Mitteln überhaupt. §. 6. . . . — 19

1) Volkserziehung. §. 7. — 20

2) Policeianstalten. §. 8. — 23

3) Verknüpfung von Uebeln mit unerlaubten Handlungen. §. 9. — 25

4) Gegenseitiges Verhältniss unter diesen Mitteln. §. 10. — 28

B) Insbesondere von der *Warnung* durch gesetzliche Androhung von Uebeln. §. 11. — 32

1) Zweckmässigkeit der Warnung. §. 12. — 32

2) Nothwendigkeit derselben. §. 13. . — 42

3) Rechtmässigkeit der Warnung. §. 14. — 43

IV) *Strafrecht* des Staats. §. 15. — 47

Zweites Capitel. Allgemeine Grundbegriffe.

I) *Strafgesetz.*

A) Begriff. §. 16. S. 50
B) Natur des Strafgesetzes. §. 17. . . . — 51
II) *Strafe.*
A) Begriff. §. 18. — 58
B) Zweck der Strafe:
1) Vorbegriffe. §. 19. — 60
2) Bestimmung des Strafzwecks:
a) Zweck des Strafgesetzes. §. 20. . — 66
b) Zweck des Strafurtheils. §. 21. . — 69
C) Rechtsgrund der Strafe. §. 22. . . . — 81
D) Allgemeine Erfordernisse der Strafe. §. 23. — 85
III) *Verbrechen.* §. 24. — 86

Drittes Capitel. Allgemeine Rechtsgrundsätze.

I) *Höchster* Grundsatz des Strafrechts. §. 25. — 100
II) *Abgeleitete* allgemeine Grundsätze:
A) für den *Strafgesetzgeber.* §. 26. . . — 102
1) Grundsatz für das Strafwürdige. §. 27. — 104
2) Grundsatz für die Strafarten. §. 28. — 112
3) Grundsatz für das Strafmaas:
a) überhaupt und an sich. §. 29. . — 119
b) in Vergleichung mit anderen Theorien. §. 30. — 123
c) Regeln für die Anwendung des Strafmaases. §. 31. — 131
B) Grundsätze für den *Strafrichter.* §. 32. — 143

Viertes Capitel. Vergleichung der Warnungstheorie mit der Theorie des psychischen Zwanges.

Einleitung. §. 33. — 155
I) Generische *Uebereinstimmung* beider Theorien. §. 34. — 162
II) Specifische *Verschiedenheit* derselben:
A) Eigenthümlichkeiten der Theorie des *psychischen Zwanges:*
1) Grundsatz für die Strafwürdigkeit. §. 35. — 165

2) Bestimmung des Zwecks des Strafgesetzes. §. 36. S. 168
3) Maasstab der Strafbarkeit. §. 37. . — 174
4) Zweck der Bestrafung. §. 38. . . . — 182
5) Rechtsgrund der Bestrafung. §. 39. . — 185
B) Eigenthümlichkeiten der *Warnungstheorie:*
1) Grundsatz für die Strafwürdigkeit. §. 40. — 186
2) Bestimmung des Zwecks des Strafgesetzes. §. 41. — 187
3) Maasstab der Strafbarkeit. §. 42. . — 191
4) Zweck der Bestrafung. §. 43. . . — 195
5) Rechtsgrund der Bestrafung. §. 44. . — 201

Fünftes Capitel. Prüfung der wider die Warnungstheorie erhobenen Zweifel.

Einleitung. §. 45. — 204
I) Zweifel gegen die Androhungstheorie überhaupt. §. 46. — 206
II) Besondere Zweifel wider die Warnungstheorie. §. 47. — 224

Zweiter Abschnitt. Darstellung und Beurtheilung der verschiedenen Strafrechtstheorien.

Erstes Capitel. Von den Strafrechtstheorien im Allgemeinen.

I) Begriff und Wesen einer Straftheorie. §. 48. — 237
II) Nothwendigkeit einer Straftheorie. §. 49. — 244
III) Möglichkeit derselben. §. 50. . . — 247
IV) Gattungen und Arten der Straftheorien:
A) allgemeine Gesichtspuncte. §. 51. . — 260
B) Classificirung der Straftheorien. §. 52. — 266

Zweites Capitel. Von den einzelnen Strafrechtstheorien.

Erste Abtheilung. Einfache Theorien.

Erste Unterabtheilung. Absolute Theorien.
I) Darstellung der absoluten Theorien. §. 53. S. 270
II) Beurtheilung derselben:
A) Unhaltbarkeit. §. 54 — 278
B) Unbrauchbarkeit. §. 55. . . . — 291
Zweite Unterabtheilung. Relative Theorien.
I) *Vergütungs*theorien:
A) Darstellung. §. 56. — 300
B) Beurtheilung. §. 57. — 307
II) *Verhütungs*theorien:
A) *Strafandrohungs*theorien:
1) im Allgemeinen. §. 58. . . . — 325
2) Einzelne Arten:
a) Theorie des psychischen Zwanges. §. 59. — 327
b) Warnungstheorie. §. 60. . . . — 335
B) *Strafzufügungs*theorien:
1) im Allgemeinen. §. 61. . . . — 336
2) Einzelne Arten:
a) Theorien, nach welchen der Zweck der Bestrafung sich auf den wirklichen Uebertreter bezieht. §. 62. — 340
α) Besserungstheorie. §. 63. . — 342
β) Vertheidigungstheorien:
𝔞) Präventionstheorie. §. 64. . — 348
𝔟) Selbsterhaltungstheorie. §. 65. — 360
b) Theorie, nach welcher die Strafzufügung auf alle übrigen Bürger einwirken soll — Abschreckungstheorie. §. 66. — 370
Zweite Abtheilung. Zusammengesetzte Theorien.
Einleitung. § 67. — 374
I) Darstellung der zusammengesetzten Theorien. §. 68. — 378
II) Beurtheilung derselben:
A) im Allgemeinen. §. 69. — 387
B) Einzelner Arten. §. 70. . . . — 391

Erster Abschnitt.

Darstellung der Warnungstheorie.

Erstes Capitel.

Rechtliche Begründung der Strafgewalt des Staats.

§. 1.

I) *Vom Staate überhaupt. Einleitung.*

Dass in der Staatsgewalt auch das *Strafrecht* enthalten sey, darin stimmen sämmtliche Straftheorien überein, und die Geschichte aller Zeiten und aller Völker bewährt die stete, allgemeine Anerkennung dieses Rechtes. Ueber den *rechtlichen Grund*, worauf dasselbe beruht, herrschen aber sehr verschiedene Vorstellungen, und diese haben auf die Grundbegriffe und die Grundsätze der Strafrechtswissenschaft den grössten Einfluss. Jeder Versuch, eine Strafrechtstheorie aufzu-

stellen, muss daher von der *rechtlichen Begründung der Strafgewalt* ausgehen.

Diese Begründung kann jedoch nur unter Voraussetzung richtiger Ansichten vom Wesen des Staates gelingen. Da nun auch hierüber die Meinungen noch immer sehr getheilt sind, so ist es nothwendig, die Grundideen der Metaphysik des Staats an die Spitze der Untersuchung über den Rechtsgrund des Strafrechts zu stellen, und dadurch der Bildung einer Straftheorie eine sichere Grundlage zu geben.

§. 2.

A) *Ursprung des Staates.*

I) Zur Beförderung richtiger und bestimmter Ansichten vom Ursprunge, von der Nothwendigkeit, und von dem Wesen des Staates, trägt es sehr viel bei, wenn man sich zunächst den Menschen *ohne den Staat* denkt. Diejenigen Verhältnisse, in denen der Mensch, ohne den Staat gedacht, leben würde, hat man bekanntlich den *Naturstand* genannt. Herrschten nun gleich sonst über die Beschaffenheit eines solchen Zustandes sehr verschiedene Vorstellungen, so stimmen doch die Staatsrechtslehrer jetzt darin überein, dass der sogenannte Naturstand kein der Natur und Bestimmung des Menschen entsprechender,

mithin in so fern kein natürlicher Zustand sey. Sie stellen die *Idee* jenes ausserbürgerlichen Standes hauptsächlich zu dem Ende auf, um die Nothwendigkeit der Bildung eines, der Menschheit allein zusagenden, bürgerlichen Standes desto überzeugender darzuthun, und so zu beweisen, dass der Mensch vernünftiger Weise nicht anders, als im Staat, könne leben wollen [a]).

Zwar gibt schon die Vernunft das *Rechtsgesetz*, welches jedem Menschen, als vernünftig-sinnlichem Wesen, einen Kreis für seine äussere, freie Wirksamkeit anweist, und dadurch das Zusammenbestehen Aller möglich macht [b]). Allein in einem Zustande, worin Jeder über die Grenzen seiner Freiheit selbst zu urtheilen berechtigt, und

a) *Mein Lehrbuch des Naturrechts.* III. Ausg. §. 15. n. a. §. 189—191. *Krug Dikäologie.* S. 46 ff. *Desselben Dikäopolitik.* S. 46—62.

b) Die Behauptung, dass *alles Recht positiv* sey, widerspricht sich selbst, da sie ein *Recht* der Gesetzgebung *vor* allem Rechte annehmen, und alles Positive, blos weil es besteht, für das Rechte halten muss. Wenn Andere annehmen, dass erst der *Staat dem Rechte das Daseyn gebe*, so verwechseln sie die *Existenz* des Rechtsgesetzes mit der *Handhabung* desselben. Auch ohne den Staat besteht das Recht und bleibt nicht ohne alle Verwirklichung, z. B. auch zwischen Völkern, welche doch untereinander keinen Staat bilden.

auf den Schutz durch seine eigne Kraft beschränkt ist, kann das Rechtsgesetz nicht zu allgemeiner Anerkennung und Herrschaft gelangen. Ohne gesicherte freie Coëxistenz der, in unvermeidlicher Berührung lebenden Menschen, ist aber keine Sittlichkeit, keine Cultur und kein Wohlseyn möglich.

II) Aus der Betrachtung der unverkennbaren Mängel jenes Zustandes ergibt sich die physische und sittliche Nothwendigkeit der Bildung eines Standes, welcher die möglichst vollkommne Herrschaft des Rechts begründet und sichert. Dazu gehört einestheils, dass, anstatt des Selbsturtheils der Einzelnen, ein allgemeines Urtheil, durch Gesetz und Richterspruch, aufgestellt, anderntheils dass Gesetz und Urtheil durch die, in den gesetzlichen Formen verwendete, Sammtkraft Aller gehandhabt wird. Diese beiden Einrichtungen enthalten die Grundzüge des *bürgerlichen Standes*, dessen Bewirkung den Zweck des Staates ausmacht. Ist es gleich richtig, dass die Vernunft den Staat, der Idee nach, als einen der Natur und Bestimmung des Menschen allein entsprechenden, für die sittliche Entwickelung des Menschen durchaus nothwendigen Zustand darstellt, und die Menschen zum Eintritt in den Staat verpflichtet, so ist es doch eben so gewiss, dass der Staat nicht als der

ursprüngliche Zustand des Menschen angesehen werden kann, und dass aus der Vernunftnothwendigkeit der Idee des Staats überhaupt, die wirkliche Entstehung eines bestimmten Staates nicht herzuleiten ist, indem es dazu vielmehr der Eingehung einer Verbindung zur Verwirklichung jener Vernunftvorstellung vom Staate bedarf. So ist unter andern auch die Ehe, der Idee nach, ein zur Entwickelung der Menschheit nothwendiges, und in der Wirklichkeit gewiss noch weit älteres Institut, als der Staat. Gleichwohl bedarf jede einzelne Ehe zu ihrem Daseyn erst der Thatsache ihrer Eingehung.

III) Die *wirkliche Gründung* des, von der Vernunft, in der Idee, als nothwendig dargestellten Staats, kann, *rechtlich gedacht*, nur durch *Vertrag* geschehen. Denn der Staat ist eine Gesellschaft. Diese erfordert aber, ihrem Begriffe nach, einen Vertrag, wodurch sich die Glieder zur thätigen Mitwirkung für den bestimmten Zweck verpflichten, und sich dem Sammtwillen unterwerfen. Wenn sich auch nicht geschichtlich nachweisen lässt, dass irgend ein Staat ursprünglich durch Vertrag errichtet worden sey, so muss doch ein jeder Staat, wenn er als eine rechtliche Einrichtung, und als Quelle der wichtigsten Rechtsverhältnisse angesehen

werden soll, nothwendig als auf Vertrag beruhend gedacht werden. Wird gleich die Geschichte bei den meisten Staaten auf einen andern, blos factischen Ursprung führen, so verwandelt sich doch das, durch Uebermacht oder Zufall entstandene Verhältniss, durch stillschweigende Uebereinkunft der Theilnehmer, in ein rechtliches, und es liegt solchergestalt dem Staate ein Vertrag, nicht blos in der Rechtsidee, sondern auch in der Wirklichkeit zum Grunde.

Diese Ansicht vom Staatsvertrage (allgemeinen Ur- oder Grundvertrage) ist auch weder neu [c]), noch staatsgefährlich. Vielmehr gibt sie dem Staat eine höhere Würde, der Staatsgewalt eine rechtliche Grundlage, und den Bürgern eine wirksame Triebfeder, den Gesetzen und Einrichtungen des Staats willig zu gehorchen.

§. 3.

B) *Begriff des Staats.*

Der Staat ist eine, zur Bewirkung der Rechtsordnung, binnen eines bestimmten Gebietes, eingerichtete Gesellschaft.

c) Schon *Socrates*, *Plato* und *Cicero* stellen die Idee vom Staatsvertrage auf. *Krug historische Notiz vom gesellschaftlichen Vertrag.* In der Minerva 1821. Mai. № 2. *Desselben Dikäopolitik.* S. 115.

In diesem Begriff liegen folgende, das wahre Wesen des Staats bezeichnende *Merkmale.*

1) Der Staat ist eine *Gesellschaft*, d. h. eine Vereinigung von Menschen, die sich zur Mitwirkung für einen fortwährenden, gemeinschaftlichen Zweck gegenseitig verpflichtet haben. Die bürgerlich vereinte Menschenmenge heisst das *Volk.*

2) Der *Staatszweck* besteht in Bewirkung des *Rechtszustandes* (der *Rechtsordnung*), d. h. des gesicherten freien Zusammenbestehens unter der Herrschaft des Rechts (§. 4.). Da dieser Zweck seiner Natur nach ewig dauert, so ist es nicht nöthig, im Begriffe des Staats es noch besonders auszudrücken, dass der Staat eine, auf keine Zeit beschränkte Gesellschaft sey.

3) Zu den wesentlichen Bestandtheilen des Staats gehört auch ein *Gebiet* (Staatsgebiet, Territorium) als ein, der freien Wirksamkeit des Volkes ausschliesslich unterworfener Theil des Erdbodens. Das Gebiet unterscheidet den Staat von der Horde, welche keine vollendete bürgerliche Gesellschaft bildet; es macht den Bürgern die Erwerbung von Grundeigenthum möglich, sichert die Subsistenz des Volkes, den Fortbestand des Vereins, so wie die Behauptung seiner politischen

Persönlichkeit, und ist Bedingung des steten Fortschreitens des Volkes zu einer höheren Bildungsstufe.

4) Der Staat ist eine *eingerichtete* (*organisirte*) Gesellschaft. Zu den wesentlichen Bestandtheilen dieser Organisation gehört theils ein *Staatsoberhaupt*, als Organ des Sammtwillens, theils die *Staatsverfassung*, als der Inbegriff der Einrichtungen, welche die Art und die Grenzen der Wirksamkeit des Oberhauptes bestimmen [a]).

§. 4.

C) *Zweck des Staats.*

Die richtige Bestimmung des Staatszwecks ist für sämmtliche Staatswissenschaften, insbesondere für das Staatsrecht, von der allergrössten Wichtigkeit. Eben daher darf die Aufstellung desselben nicht dem sittlichen Gefühle überlassen bleiben, sondern er muss

a) Die in manchen neueren Schriften über Rechtsphilosophie aufgestellten Begriffe vom Staat: z. B. der Staat ist ein geistiger Organismus, ein beseelter Organismus, ein erweiterter Organismus des Vernunftlebens, ein organischer Theil des Menschengeschlechts u. s w. genügen, zum mindesten gesagt, den Ansprüchen an eine Definition nicht, und es ist unmöglich, eine Theorie des Staatsrechts darauf zu gründen.

zur klarsten Erkenntniss gebracht werden. Es herrschen aber darüber noch jetzt sehr verschiedene Ansichten, welche vorzüglich aus unbestimmten, oder unrichtigen Vorstellungen von dem Wesen und den Erfordernissen des Staatszwecks entsprungen sind.

Zweck des Staats heisst dasjenige Gut, zu dessen Erstrebung die Staatsglieder vereinigt sind. In dem Gedeihen des Staatszwecks besteht das *Staatswohl*.

Der Staatszweck muss aber, um als solcher anerkannt werden zu können, folgende Eigenschaften in sich vereinigen:

1) Es muss ein, von der *Vernunft* als *nothwendig* bestimmter, daher *ewiger*, *unwandelbarer*, Zweck seyn.

2) Es muss der Zweck der *Gesammtheit* und *aller Glieder, als solcher*, mithin ein *allgemeiner, objectiver* Zweck seyn, welchen Alle wirklich wollen, oder doch wollen müssen. Die blos subjectiven Zwecke (Privatzwecke) der Glieder, als Einzelner, können nicht als der Zweck der ganzen Staatsgesellschaft betrachtet werden.

Der Staatszweck muss ferner

3) ein solcher seyn, welcher *Gegenstand von Rechten und Rechtspflichten* seyn kann. Denn jedes Staatsglied, als solches, hat einen Rechtsanspruch auf diejenigen Lei-

stungen der Gesammtheit, welche der Staatszweck nöthig macht, und jedes Glied ist rechtlich verpflichtet, für den Staatszweck mitzuwirken. Daher kann der Staatszweck nur auf das Aeussere, Erzwingbare gerichtet seyn. Der Staatszweck kann kein blos durch das Tugendgesetz bestimmter Zweck seyn, da moralische Gesinnung und moralische Thätigkeit keinen Zwang zulassen. Endlich

4) muss es der *nächste* und *Hauptzweck* des Staats seyn, d. h. derjenige, welcher die Verfolgung aller sonstigen Zwecke beherrscht, und durch welchen die Erreichbarkeit aller entfernteren Zwecke bedingt ist.

Jede Aufstellung eines Staatszwecks, welcher diese Merkmale nicht vereinigt an sich trägt, ist eben deshalb als unrichtig anzusehen [a]).

a) Es bedarf hier keiner näheren Prüfung der, von Andern aufgestellten Staatszwecke, als: Beglückung, Genussvollkommenheit, Totalität aller menschlichen Zwecke, das sich Ausleben des Volks, Nachbildung des Weltorganismus, Veredlung, sittliche Entwickelung, Erziehung des Menschengeschlechts, Darstellung der Menschheit u. s. w., indem es leicht einzusehen ist, dass diese Zwecke jenen Anforderungen nicht entsprechen, so wie dass sie für die Beurtheilung der Zweckmässigkeit und Rechtmässigkeit der Mittel durchaus keinen Maasstab darbieten.

Allen diesen Anforderungen entspricht folgende Bestimmung des Staatszwecks vollkommen:

Der *Staatszweck* besteht in Stiftung und Erhaltung des Rechtszustandes. *Rechtsordnung* (rechtlicher Zustand, Rechtszustand, bürgerlicher Stand), heisst das freie, gesicherte Zusammenleben der Menschen unter der Herrschaft des Rechts. Der Staat bezweckt also die möglichste Verwirklichung des Rechtsgesetzes, die Sicherung gegen äussere und innere Gefahren des freien Zusammenbestehens [b]).

Zwar soll der Staat *ausserdem* auch Sittlichkeit und Religiosität, Aufklärung, Künste und Wissenschaften, Industrie und Wohlstand der Bürger fördern. Allein *ohne Freiheit und Sicherheit ist keine Art der Cultur und des Wohlseyns möglich.* Die Rechtsordnung schafft erst den Boden, worauf allein sittliche und geistige Ausbildung gedeihen kann, enthält also immer den nächsten und Hauptzweck des Staates, und gibt dem Staate eben dadurch noch eine höhere Würde, dass er, mittelst Stiftung der Rechtsordnung, zugleich eine Bildungsanstalt der Menschheit wird.

b) *Cicero de republica.* I, 32. „quid est enim civitas, „nisi *iuris societas?*“

Um sich von der Richtigkeit dieser, so überaus folgenreichen Ansicht, zu überzeugen, darf man nur diesen allgemeinen und höchsten Staatszweck mit allen vorhingedachten sonstigen, intellectuellen und moralischen, Interessen (Humanitätszwecken, wie man sie nennen kann) vergleichen, und das gegenseitige Verhältniss Beider ins Auge fassen. Eine solche Vergleichung führt zu folgenden, bestimmt aufzufassenden Ergebnissen.

1) Die *Rechtsordnung* — der gesicherte Zustand des freien Zusammenlebens unter der Herrschaft des Rechts — ist die *Grundbedingung* jeder sittlichen und geistlichen Entwikkelung. Nur in einem solchen Rechtszustande kann der Mensch seiner Bestimmung entgegen gehen [c]), ohne denselben ist aber die Veredlung des Menschen ganz unmöglich.

Umgekehrt könnte hingegen ein Staat, wenngleich nicht bei vorausgesetzter gänzlicher Uncultur, doch ohne besondere, von ihm ausgehende, auf positive Beförderung der

c) Hieraus erklärt sich denn auch das Missverständniss derer, welche die Veredlung des Menschen für den eigentlichen Staatszweck halten. Diese Ansicht beruht auf dem Schluss: weil die Entwickelung des Menschen nur im Staate gedeihen kann, so macht solche den Staatszweck aus. Die Unrichtigkeit dieser Schlussfolge ist jedoch nicht zu verkennen.

sittlichen Entwickelung seiner Bürger abzweckende Humanitätsanstalten, wenigstens nothdürftig, bestehen. Dess gibt die Geschichte Zeugniss, indem sie Beispiele solcher Herrscher aufstellt, welche die Aufklärung so wenig zu befördern strebten, dass sie ihr vielmehr die grössten Hindernisse entgegen setzten, weil sie wähnten, die Unwissenheit des Volks als Regierungsmittel benutzen zu können. Ueberhaupt kann der Staat nur wenig, und zwar meist nur negativ für die Entwikkelung der Menschen wirken. Die Cultur und das Wohlseyn derselben werden gewöhnlich besser gedeihen, wenn sich der Staat auf den Schutz der freien Entwickelung, und die Entfernung von Hindernissen beschränkt, als wenn er durch Vielregieren sich zum Herrn der ganzen Wirksamkeit der Einzelnen aufwirft.

2) Die Sorge für Förderung der Cultur, innerhalb der durch das Rechtsgesetz gezogenen Grenzen, lässt sich allerdings als unter dem *eigentlichen Staatszweck mit begriffen betrachten.* Denn einestheils erwartet der Bürger für diejenigen sinnlichen, moralischen und intellectuellen Lebenszwecke, welche sich durch vereinte Bestrebung besser, als durch einzelnes Bemühen, erreichen lassen, im Staate Unterstützung zu finden, und man darf

also die Beförderung solcher Zwecke, binnen der rechtlichen Grenzen, als von der Gesammtheit stillschweigend gewollt, voraussetzen; anderntheils enthält die Beförderung der Cultur der Bürger zugleich sehr wirksame *Mittel* zur Erreichung des höchsten Staatszwecks. Denn Sittlichkeit und Religiosität befördern die Herrschaft des Rechts, geistige Cultur erhöht die Intelligenz und die Kraft des Volks, und der Wohlstand der Bürger setzt sie in den Stand, die für Bewirkung einer höheren Stufe der Staatswohlfahrt erforderlichen Opfer zu bringen. Auch liegt nichts Herabwürdigendes darin, dass sittliche und geistige Entwickelung der Menschheit *zugleich* als *Mittel* zur Befestigung des Rechtszustandes wirken sollen. Nur darf man sie nicht für *blosse* Mittel zur vollkommneren Erreichung des Staatszwecks halten, sondern muss ihnen zugleich den selbstständigen und höheren Werth, welchen sie an sich für die Menschheit haben, in voller Maasse beilegen. Wenn nun gleich hiernach die Förderung jener Humanitätszwecke in dem eigentlichen Staatszweck theilweise mitbegriffen ist, und eben hierdurch auch der Staatszweck hinwiederum mittelbar befördert wird, so bleibt derselbe doch, aus dem Gesichtspuncte des

Staats betrachtet, immer der allgemeine, unbeschränkte und Hauptzweck des Staats.

Noch wichtiger ist aber

3) ein anderer Vergleichungspunct, welcher darin besteht, dass der, in Stiftung des Rechtszustandes bestehende Staatszweck, die Verfolgung jener Humanitätszwecke *beherrscht und beschränkt*. Denn die ganze Wirksamkeit der Staatsgewalt muss *innerhalb der Grenzen des Rechts bleiben*. Erst wenn das Rechtsgesetz dergleichen Anstalten für statthaft erklärt, mag man die Klugheit über das Zweckmässige derselben zu Rathe ziehen. Ohne diese nothwendige Grenze würde die Staatsgewalt, in Aufstellung und Verfolgung jener humanen Zwecke, leicht zum Gebrauche unstatthafter Mittel verleitet werden, und diess um so leichter, je mehr sie von dem hohen Werthe solcher moralischen und intellectuellen Interessen, so wie von dem Gefühle der Pflicht, solche möglichst zu befördern, durchdrungen wäre. Hieraus würden aber die gefährlichste Herrscherwillkür, die tiefsten Eingriffe in die Rechte der Bürger, als da sind: Gewissenszwang, Glaubensgerichte, Presszwang u. s. w., entspringen, und der Hauptzweck des Staats würde grossentheils vereitelt werden. Auch hierüber belehrt uns die Geschichte, und es dürfte wohl kaum für

problematisch gelten, ob der Nutzen, welchen Regierungen durch positive Beförderung der Cultur bewirkt, oder das Unheil, welches sie zum Theil durch einseitige Verfolgung jener, an sich so humanen Zwecke, gestiftet haben, grösser sey.

Steht nun hiernach alle, auf Beförderung solcher Zwecke gerichtete, Thätigkeit der Staatsgewalt unter der Herrschaft des Rechtsgesetzes, so zeigt sich dieses als das *oberste Gesetz*, und dessen Handhabung als der *Hauptzweck* des Staats.

§. 5.

II) *Aufgabe der Staatsgewalt.*

Da, nach der bisherigen Ausführung, der Staatszweck in Bewirkung des rechtlichen Zustandes besteht, so ist es die erste und wichtigste Pflicht der Staatsgewalt, für möglichste Erhaltung und Befestigung der Rechtsordnung Sorge zu tragen. Sie muss daher nicht nur die Gefahren, welche derselben von Naturereignissen, und von äusseren Feinden drohen, sondern auch *die inneren Störungen des Rechtsfriedens* abzuwenden suchen.

Die letzteren, von denen allein hier die Rede ist, sind aber von doppelter Art.

1) Viele unerlaubte Handlungen haben blos die Eigenschaft einer *Verletzung von*

Privatrechten (des Mein und Dein), ohne zugleich die ganze Rechtsordnung zu gefährden. Hiergegen genügt theils die *Civilgesetzgebung*, indem sie die Rechtsverhältnisse bestimmt, und gesetzwidrige Handlungen für nichtig erklärt, theils die *Civiljustizpflege*, welche den Beleidiger entweder zur Leistung des Schuldigen, oder zum Ersatz des verursachten Schadens zwingt, und solchergestalt die Rechtssicherheit handhabt.

2) Durch andere Handlungen wird hingegen die *Rechtsordnung selbst und an sich gestört, oder gefährdet*, mithin der Staatszweck beeinträchtigt. Die aus dergleichen Handlungen entstehende Gefahr kann durch den Zwang der Civilgerichte nicht abgewendet werden; vielmehr muss die Staatsgewalt dieselben *zu verhüten suchen.*

Diese unbestreitbare Aufgabe der Staatsgewalt wird aber häufig in zwiefacher Hinsicht missverstanden, oder entstellt, und es ist gerade hierin eine Hauptquelle mancher irrigen Vorstellungen zu suchen. Eben daher bedarf es folgender genaueren Festsetzung der gedachten Aufgabe.

Die Staatsgewalt darf sich

1) nicht auf das Bestreben, bereits *geschehene* Störungen der Rechtsordnung wieder auszugleichen und *gut zu machen*, be-

schränken. Denn zunächst würde das blosse, hinterher folgende Gutmachen, der Idee der Rechtsordnung, als eines Zustandes des freien gesicherten Zusammenbestehens, nicht entsprechen. Ausserdem kann die erfolgte Störung des Rechtszustandes häufig entweder gar nicht, oder doch nicht vollständig, wieder ausgeglichen werden, weil entweder der daraus entstandene materiale, oder ideale Schaden unersetzlich ist, oder der Urheber der Störung nicht ausgemittelt wird.

Die Staatsgewalt muss also vielmehr, um ihrer wichtigen Bestimmung zu entsprechen, den Störungen des Rechtszustandes *zuvorzukommen*, und solche zu *verhüten* bemüht seyn. Daneben

2) darf sie ihre Sorge nicht darauf einschränken, dass sie nur bestimmten *einzelnen Störern* zuvorkommen, und vorauszusehende *einzelne Störungen* des rechtlichen Zustandes zu verhüten sucht, indem beides offenbar nur eine sehr unvollkommene Sicherung des Rechtsfriedens gewähren würde. Vielmehr muss die Staatsgewalt *überhaupt* allen möglichen Störern, und allen zu besorgenden Angriffen auf die Rechtsordnung zu begegnen suchen. Zwar ist dieser Zweck niemals in voller Maasse zu erreichen. Allein diess darf die Staatsgewalt nicht abhalten,

sich denselben zum Ziel ihres Strebens zu machen, alle rechtlich statthaften Mittel anzuwenden, um solches zu erreichen, und dadurch die Idee einer vollkommnen Rechtsordnung möglichst zu verwirklichen.

Diesemnach bestimmt sich also die von der Staatsgewalt zu lösende *Aufgabe* dahin:

Die Staatsgewalt ist verpflichtet und berechtigt, dafür Sorge zu tragen, dass solche Handlungen, welche die Rechtsordnung stören oder gefährden, überhaupt möglichst verhütet werden.

§. 6.

III) *Mittel zur Lösung der Aufgabe der Staatsgewalt:* A) *von den Mitteln überhaupt.*

Erst nachdem das, von dem Inhaber der Staatsgewalt zu lösende Problem genau bestimmt ist, sind nun diejenigen Mittel, deren er sich zur Erreichung dieses Zwecks bedienen kann, aufzusuchen, zusammenzustellen und zu prüfen. Diese Prüfung muss aber auf mehrere Puncte gerichtet werden. Es ist nemlich

1) zunächst *jedes einzelne Mittel* von Seiten seiner *Zweckmässigkeit* und *Rechtmässigkeit* zu beurtheilen (§. 7—9.). Sodann sind

2) die verschiedenen Mittel in ihrem *gegenseitigen Verhältnisse* zu betrachten, um zu bestimmen, in wie fern sie vereint zu gebrauchen sind, oder der Gebrauch des einen Mittels durch die Unzulänglichkeit des andern, mithin durch die solchergestalt begründete Nothwendigkeit, bedingt ist (§. 10.).

§. 7.

1) *Volkserziehung.*

Das zunächst liegende, und zugleich eins der wirksamsten Mittel zur Verhütung der die Rechtsordnung störenden Handlungen, besteht in einer zweckmässigen *Volkserziehung*, durch Sorge für *sittliche und geistige Bildung* der Bürger. Dazu gehört insbesondere: Erwekkung und Erhöhung des sittlichen Gefühls, Verbreitung von Zucht und Sitte, besonders auch durch das aufmunternde Beispiel und Muster des Fürsten, und aller durch Aemter und Würden ausgezeichneter Staatsbürger, die Aufklärung des Volks über die Pflichten des Menschen und Bürgers, Belebung des Rechtssinnes, des Gemeingeistes und der Vaterlandsliebe, Vertilgung des Aberglaubens, Nährung des Ehrgefühls, als eines der wirksamsten Antriebe zur Tugend und Rechtlichkeit, Erhaltung von Treue und Glauben, ganz

vorzüglich aber Erweckung eines wahrhaft religiösen Sinnes.

Wie mächtig und wohlthätig die Volkserziehung auf Verminderung der Verbrechen wirkt, das lehrt die Erfahrung. Mit fortschreitender Civilisation vermindern sich allenthalben die schwereren, wider die Person gerichteten Verbrechen, und nur die wider das Eigenthum gerichteten werden durch erhöhten Luxus und Genusssucht vermehrt. Und dass in solchen Ländern oder Landestheilen, worin noch grössere Finsterniss herrscht, weit mehrere und schwerere Verbrechen verübt werden, darüber liefert die Criminalstatistik genügende Beweise [a]). In Spanien z. B. verhielt sich im Jahre **1826** die Zahl der Verbrecher zur Bevölkerung, wie **1** zu **885**! und es befanden sich unter den zur Untersuchung gekommenen Verbrechen **1233** Mordthaten, **1773** schwere Verwundungen, und, merkwürdig genug, **2763** Gotteslästerungen. Und in welchem auffallenden Verhältniss durch die Fortschritte des Schulunterrichts die Zahl der Verbrechen z. B. in Frankreich gemindert wurde, darüber gibt

a) *K. S. Zachariä über die Statistik der Strafgerechtigkeitspflege.* Heidelberg 1828. S. 8 ff. S. 13 f.

die Statistik dieses Reiches belehrende Auskunft [b]).

Der Staat ist daher verpflichtet, vor allen Dingen von dem, in der Volkserziehung liegenden, wirksamen Mittel, binnen den Grenzen des Rechts, gehörigen Gebrauch zu machen.

So wohlthätig und fruchtbar aber auch die hiervon, für Erhaltung der Rechtsordnung, zu erwartenden Wirkungen sind, so darf man doch nicht hoffen, dass dieses Mittel zur Verhütung unerlaubter Handlungen genügen werde. Denn einestheils müsste die Erziehung, um ihren ganzen Einfluss zu äussern, auf die Individualität der Einzelnen gerichtet seyn können, welches doch unthunlich ist, anderntheils ist die Macht der sinnlichen Antriebe zu unerlaubten Handlungen so gross, dass sie die Eindrücke der guten Erziehung häufig besiegt. Der Staat darf sich also auf den Gebrauch dieses Mittels nicht beschränken.

b) *Dupin forces productives et commerciales de la France.* T. I. p. 68. Noch im Jahre 1828 befanden sich unter 100 Verbrechern 40, die nicht lesen und schreiben konnten.

§. 8.

2) *Policeianstalten.*

Mittelst gehörigen Gebrauches der Policeigewalt vermag der Staat sehr viele Störungen des Rechtszustandes zu verhüten. Durch gute Policeieinrichtungen können zunächst viele einzelne *Rechtsverletzungen* verhindert werden, indem ihnen die Policeibehörde, wenn sie solche kommen sieht, ihren Präventionszwang entgegen setzt.

Wichtiger ist aber diejenige Thätigkeit der Policeigewalt, wodurch sie der Begehung unerlaubter Handlungen *im Allgemeinen* entgegenwirkt. Dieses kann vorzüglich geschehen

1) durch *Verstopfung der Quellen* verbrecherischer Handlungen. Dahin wirkt unter andern besonders die *Armenpolicei.* Armuth und Bettelei sind fruchtbare Quellen von Verbrechen, und die Erfahrung lehrt, dass mit zunehmender Verarmung die Zahl der Verbrechen sich mehrt. Eben so gewiss ist es, dass der Staat vieles zur Verminderung dieses Uebels leisten kann. Eine andere reiche Quelle von Verbrechen, ist das *Vagabondiren.* Wie wohlthätig in dieser Hinsicht das nützliche Institut der Gendarmerie (Landdragoner, Landjäger, Landhusaren) wirkt, diess ist bekannt. Auch wird durch eine

wachsame Policei die schleunige Entdeckung begangener Verbrechen und ihrer Urheber befördert, mithin die *Hoffnung der Straflosigkeit* geschwächt, hierdurch aber ein sehr wirksamer Reiz zur Begehung verbrecherischer Handlungen unterdrückt. Hiernächst

2) wirkt die Policei durch *Erschwerung* der Ausübung von Verbrechen. Unter die Mittel, welche sie zu diesem Ende gebraucht, gehört besonders die stete Wachsamkeit in Ansehung gefährlicher Personen und Unternehmungen, als: die Tag- und Nachtwachen, die Aufsicht auf die Wirthshäuser, auf Diebesherbergen, Hehler, Kuppler, auf die Führung gefährlicher Waffen u. s. w. Als sehr wohlthätig zeigt sich hierin auch die Medicinalpolicei z. B. durch Beschränkung des Verkaufs von Gift, und von Abortivmitteln, durch das Verbot des Hausirens der Olitätenhändler u. dgl. m.

Die Erfahrung lehrt, dass da, wo die Policeieinrichtungen mangelhaft sind (wie z. B. in England) die Zahl der Verbrechen um so grösser ist.

Durch gute Policeianstalten wird ferner

3) auch die *Gefährlichkeit* mancher Arten von Störungen der Rechtsordnung *gemindert*.

Die Staatsgewalt ist daher verpflichtet, nächst der Volkserziehung, auch von der Po-

licei, jedoch nur innerhalb der durch den Staatszweck und das Rechtsgesetz bestimmten rechtlichen Grenzen, den nöthigen Gebrauch zu machen, um Störungen der Rechtsordnung zu verhüten, oder die daraus entspringende Gefahr zu mindern. Gewiss ist es jedoch zugleich, dass auch durch die besten Policeianstalten nicht alle, den Rechtszustand gefährdende Handlungen verhütet werden können.

§. 9.

3) *Verknüpfung von Uebeln mit den unerlaubten Handlungen.*

Ein sehr wirksames Mittel zur Verhütung vieler Störungen des Rechtsfriedens kann ferner darin bestehen, dass die Staatsgewalt an dergleichen Handlungen gewisse Uebel knüpft (*Strafe im weitern Sinn*). Von diesem Mittel könnte aber die Staatsgewalt auf sehr verschiedene Weise Gebrauch machen, indem sie die Verhütung gefährlicher Handlungen

1) entweder durch die wirkliche *Zufügung von Uebeln* (durch Bestrafung des Uebelthäters) zu bewirken suchte. In so fern sie jedoch hierdurch

a) nur auf den *bestraften Thäter* (sey es durch *Besserung*, oder durch *Prävention*)

verhütend einzuwirken beabsichtigte, würde dieses Mittel, von allen übrigen, unten nachzuweisenden Mängeln desselben abgesehen, der zu lösenden Aufgabe des Staats (§. 5.) nicht entsprechen, da es höchstens nur gegen den einzelnen Sträfling, nicht aber gegen alle mögliche Beleidiger und Störungen zu wirken vermöchte. Wollte hingegen die Staatsgewalt

b) durch die Zufügung des Uebels *alle übrige Bürger abschrecken*, so würde hierbei der Sträfling zugleich als Mittel für den Zweck der Sicherung des Ganzen, mithin widerrechtlich behandelt, und also der Versuch gemacht, die eine Störung des Rechtszustandes durch eine andere noch grössere zu verhindern, folglich das Mittel gegen den Zweck zu gebrauchen.

Mag also gleich die Zufügung der Strafe, wenn solche aus einem andern Rechtsgrunde geschieht, in ihren Folgen bessernd, zuvorkommend und abschreckend wirken, so kann doch die Hervorbringung dieser Wirkung nicht als der Zweck und Rechtsgrund der Bestrafung betrachtet, mithin diese nicht als Mittel zur Lösung der Aufgabe der Staatsgewalt gebraucht werden.

Die andere Weise, wie die Staatsgewalt, durch Anknüpfung von Uebeln an die uner-

laubten Handlungen, diese zu verhüten suchen kann, besteht

2) in der *gesetzlichen Androhung von Uebeln*, als unvermeidlicher Folge der damit bedrohten Störungen der Rechtsordnung.

Diese Art des Gebrauches sinnlicher Uebel rechtfertigt sich zunächst durch Zweckmässigkeit, indem eine solche durch Gesetz ausgesprochene Androhung, vermöge ihrer Allgemeinheit, gegen alle mögliche Beleidiger, und wider alle zu befürchtende Angriffe auf den Rechtsfrieden, wirksam seyn kann. Auch enthält eine solche Androhung keinen Eingriff in die Rechte der Bürger, da deren rechtliche Freiheit dadurch nicht beschränkt wird.

Die Staatsgewalt ist also zum Gebrauche dieses Mittels berechtiget.

In Hinsicht der Art, wie die gesetzliche Androhung von Uebeln verhütend wirken soll, mithin in Ansehung ihres nächsten Zwecks, zeigt sich aber folgender Unterschied. Die Androhung des Uebels soll

a) entweder die sinnlichen Triebfedern zu unerlaubten Handlungen niederdrücken, also einen *psychischen Zwang* ausüben, und daher *abschreckend* wirken;

b) oder sie soll die Bürger vor unerlaubten Handlungen *warnen*.

Welche von diesen beiden Arten des Gebrauches des, im Allgemeinen zweckmässigen und rechtlichen Mittels der gesetzlichen Androhung von Uebeln, die bessere und richtigere sey, diess ist der Gegenstand einer weiter unten aufzustellenden Vergleichung (§. 36. und 41.).

Da es hier zunächst nur der Darstellung der Warnungstheorie gilt, so bedarf es nun vor allen Dingen einer genaueren Untersuchung über das Wesen der Warnung (§. 11—14.), welcher jedoch einige Bemerkungen über das gegenseitige Verhältniss der bisher aufgeführten Mittel vorauszuschicken sind.

§. 10.

4) *Gegenseitiges Verhältniss unter diesen Mitteln.*

Wenn man die vorstehend (§. 7—9.) bemerkten Mittel zur Lösung des oben aufgestellten Problems (§. 5.), nemlich Volkserziehung, Policeianstalten, und Strafandrohung, miteinander vergleicht, so ergibt sich daraus folgendes Resultat:

1) Jedes dieser drei Mittel hat seine *eigenthümliche Art der Wirksamkeit* für den gedachten Endzweck, und bietet der Staatsgewalt ein weites Feld für dessen weise Benutzung dar.

2) Ein jedes der gedachten Mittel *befördert und erhöht die Wirksamkeit der beiden andern Mittel.* Während auf der einen Seite die sittliche und geistige Bildung, der religiöse Sinn, und das feinere Ehrgefühl, so wie die, aus guten Policeianstalten entstehende Erschwerung verbrecherischer Handlungen, und die Verminderung der Hoffnung unentdeckt zu bleiben, die Macht der sinnlichen Antriebe schwächt, wird die Strafdrohung um so leichter Eingang finden und desto wirksamer seyn. Auf der andern Seite wirkt aber auch die Bedrohung mit Strafe wiederum als Erziehungsmittel, indem sie das sittliche Gefühl weckt, dem Menschen einen neuen und wirksamen Beweggrund zur Bekämpfung der sinnlichen Antriebe gibt, und dadurch die Wirksamkeit der andern beiden Mittel erhöht.

Nur also wenn *alle drei Mittel vereinigt* und *gehörig* gebraucht werden, ist die möglichst vollständige Verhütung aller Störungen des Rechtszustandes erreichbar.

Aus dieser Vergleichung der erwähnten Mittel ergeben sich folgende *Regeln für deren Gebrauch:*

1) Die Staatsgewalt ist verpflichtet, von *allen* diesen Mitteln Gebrauch zu machen. Wollte sie nur das eine, oder das andere, allein anwenden, so würde sie das Problem,

welches sie zu lösen berufen ist, nicht so weit, als möglich, lösen.

2) Jedes der drei verschiedenen Mittel ist in der *vollen Maasse* zu gebrauchen, deren dasselbe seiner Natur nach fähig ist, so weit solches nur immer die Verhältnisse des Staats gestatten. Die möglichst vollkommne Bewirkung des Rechtszustandes ist nur durch die vereinte und vollständige Verwendung aller jener Mittel erreichbar.

3) Alle jene Mittel müssen jedoch *in den Grenzen des Rechts* gebraucht werden, indem man sonst durch deren Anwendung den Rechtszustand, welcher mittelst derselben erhalten werden soll, vielmehr stören, mithin das Mittel gegen den Zweck verwenden würde.

Wendet man diese letztere Regel insbesondere auf die Strafdrohung an, so ist deren rechtmässiger Gebrauch durch die Voraussetzung bedingt, dass die beiden anderen Mittel für unzulänglich zu halten sind. Zwar legt die gesetzliche Verkündigung, dass den Störer des Rechtsfriedens ein Uebel treffen werde, den Bürgern keinen Zwang auf, und ist kein wirkliches Uebel für dieselben. Allein die Androhung soll doch im Uebertretungsfalle vollzogen, und dem Uebertreter ein wirkliches Uebel zugefügt werden. In so fern ist sie allerdings ein Nothmittel, und daher

ihr Gebrauch durch Nothwendigkeit bedingt. Nun unterliegt zwar die Unzulänglichkeit der Volkserziehung und der Policeianstalten zur Verhütung aller möglichen Störungen des Rechtszustandes keinem Zweifel, und also ist die Nothwendigkeit der gesetzlichen Strafdrohung gar nicht zu verkennen. Allein eben so gewiss ist es zugleich, dass die Nothwendigkeit der Vollziehung der gedrohten Strafe, durch den gehörigen Gebrauch der andern beiden Mittel, viel seltner gemacht werden kann. Auch will ja die Staatsgewalt gerade durch die gesetzliche Androhung der Strafe die Uebertretung verhindern, und also die Vollziehung der, zu diesem Ende gedrohten Strafe, möglichst unnöthig machen.

Aus diesen Gründen ist die Staatsgewalt verpflichtet, vor allen Dingen, oder doch gleichzeitig, von der Volkserziehung, und von der Policei den gehörigen Gebrauch zu machen, und dadurch die Anwendung des, durch die Unzulänglichkeit beider bedingten Nothmittels, zu rechtfertigen.

Rechtswidrig ist es daher, wenn sie *Alles von der Strafdrohung erwartet*, und durch deren Gebrauch *allein* ihre wichtige Aufgabe zu lösen trachtet. Noch grösser ist diese Rechtswidrigkeit, wenn die Staatsgewalt die pflichtwidrige Vernachlässigung des

Gebrauches der beiden andern Mittel durch desto härtere Strafdrohungen zu ersetzen sucht.

§. 11.

B) *Insbesondere von der gesetzlichen Warnung.*

Unter den bisher im Allgemeinen dargestellten Mitteln, zur Lösung der oft gedachten Aufgabe der Staatsgewalt, ist nun die gesetzliche Androhung von Uebeln dasjenige, welches hier eine genauere Prüfung in Anspruch nimmt, die jedoch an dieser Stelle, nach dem Zwecke des gegenwärtigen Capitels, auf eine genauere Erörterung des *Wesens der gesetzlichen Warnung* zu beschränken ist. Die gesetzliche Warnung, durch Androhung von Uebeln, als Mittel zur Verhütung solcher Handlungen, welche die Rechtsordnung gefährden, muss aber einer dreifachen Prüfung unterzogen werden, nemlich von Seiten der Zweckmässigkeit (§. 12.), der Nothwendigkeit (§. 13.), und der Rechtmässigkeit (§. 14.) dieses Mittels.

§. 12.

1) *Zweckmässigkeit der Warnung.*

Ein Mittel ist überhaupt für *zweckmässig* zu halten, wenn es seiner Natur nach dazu

geeignet ist, die Erreichung eines gewissen Zwecks zu bewirken. Je sicherer dasselbe zu dem Zwecke führt, desto zweckmässiger ist es. Ein Mittel hört jedoch nicht auf, zweckmässig zu seyn, wenn durch dessen Gebrauch der Zweck nicht stets, und nicht in voller Maasse, erreicht wird.

Will man nun die Zweckmässigkeit der gesetzlichen Warnung beurtheilen, so muss man den Zweck, welcher durch sie erreicht werden soll, bestimmt ins Auge fassen, und sie als Mittel auf denselben beziehen. Dieser Zweck besteht aber in möglichster Verhütung aller, die Rechtsordnung gefährdender Handlungen (§. 5.). Es ist daher vor allen Dingen nöthig, die *Ursachen* der die Rechtsordnung gefährdenden Handlungen aufzusuchen, und dann zu prüfen, ob die Warnung diesen Ursachen entgegenzuwirken vermag.

A) Zu den *Entstehungsgründen* der, den Rechtsfrieden störenden Handlungen, gehört aber vorzüglich

1) die *Sinnlichkeit.* Der Mensch ist ein vernünftig-sinnliches Wesen. Während die Vernunft von ihm fordert, dass er theils stets seiner eignen Würde gemäss handeln, theils seine äussere Freiheit so weit einschränken soll, dass sie mit der Freiheit aller Andern vereinbar sey, treibt ihn Sinnlichkeit

zur Uebertretung dieser Vernunftgesetze an. Die Gefühle und Gemüthsbewegungen, die Begierden, Neigungen und Leidenschaften, welche sämmtlich nicht selten noch durch mancherlei allgemeine und besondere Ursachen, z. B. durch Angewöhnung, befestigt und verstärkt, und durch mächtige äussere Anreizungen in Thätigkeit gesetzt werden, sind wirksame Versuchungen des eigensüchtigen, unter dem Einfluss sinnlicher Antriebe stehenden, und nach Wohlseyn strebenden Menschen, und daher fruchtbare Quellen der mannichfaltigsten unerlaubten Handlungen. Viele solcher Handlungen entspringen hiernächst

2) aus *moralischer Trägheit*, aus *Schwäche des sittlichen Gefühls*, *und Stumpfheit des Gewissens*, welche in natürlicher Rohheit, schlechter Erziehung, moralischer Verwilderung, Niederträchtigkeit der Gesinnung, so wie auch wohl in Armuth und Noth, die leicht das Gefühl des eignen Werthes und den Muth, solchen zu behaupten, schwächt, ihren Grund haben können.

Eine andere, wenn gleich minder fruchtbare, doch eigenthümliche Quelle von Verbrechen besteht

3) in einem irrigen *Wahne* des Handelnden, welcher eine an sich unerlaubte und

strafwürdige Handlung, unter besonderen Verhältnissen, für erlaubt, ja für pflichtgemäss und selbst für verdienstlich hält. Entspringt dieser Wahn aus religiösem oder politischem Fanatismus, so wird damit meist Religionshass und Parteiwuth, mithin ein sinnlicher Antrieb, verbunden seyn. Es geschieht aber auch, dass der Mensch sich lediglich durch ein vermeintes Gebot der Religion, oder der Moral, ohne Einfluss eines sinnlichen Motivs, zur Begehung einer strafwürdigen Handlung bestimmen lässt.

Während aus den bisher bemerkten Ursachen hauptsächlich *vorsätzliche* Verbrechen hervorgehen, erzeugt

4) der *Mangel pflichtmässiger Besonnenheit im Handeln* (Muthwille, Frevelhaftigkeit, Leichtsinn, Uebereilung, Nachlässigkeit, Unbedachtsamkeit) vorzüglich *culpose* Verbrechen.

Zu den Entstehungsgründen, sowohl vorsätzlicher, als fahrlässiger Störungen der Rechtsordnung, gehört endlich auch

5) der *Mangel richtiger und klarer Vorstellungen* von der Gefährlichkeit solcher Handlungen, und von dem Grade ihrer bürgerlichen *Strafwürdigkeit.* Ist diess gleich nicht sowohl eine selbstständige Quelle von Verbrechen, als vielmehr nur eine, die Ent-

stehung der Verbrechen aus den übrigen Quellen befördernde Ursache, so ist es doch zugleich gewiss, dass manches Verbrechen, ohne jenen Mangel, nicht entstehen würde, dass man folglich denselben als die eigentliche Ursache der That anzusehen hat, welche eben daher möglichst zu entfernen ist.

B) Allen diesen Entstehungsgründen kann nun die Staatsgewalt durch gehörigen Gebrauch der, an alle Bürger gerichteten, gesetzlichen *Warnung*, mit Erfolg *entgegenwirken.*

Die warnende Kraft des Strafgesetzes äussert sich

1) zunächst darin, dass sie den *sinnlichen Antrieben zu Verbrechen entgegenwirkt.*

Man pflegt diese Art der Wirksamkeit des Strafgesetzes einen *psychologischen* (oder *psychischen*) *Zwang* zu nennen, und damit die Vorstellung zu verbinden, dass die Kraft des sinnlichen Antriebes zur That durch die, ihr entgegengesetzte Kraft der Furcht vor der Strafe, niedergedrückt, mithin Sinnlichkeit durch Sinnlichkeit, Lust durch Unlust, bekämpft werden solle. Es dürfte sich jedoch zunächst fragen, ob die Art, wie das Strafgesetz wirkt, überhaupt als *Zwang* bezeichnet werden könne. Belegt man doch die, auch im Rechtsgesetze und im Tugendgesetze

liegende Nöthigung, so wie alle die mannichfaltigen Abrathungsgründe von Verbrechen, welche gleichfalls als eben so viele Nöthigungen anzusehen sind, nicht mit dem Namen eines psychischen Zwanges. Auch fühlen sich die Bürger durch Verkündigung des Strafgesetzes nicht in den Zustand des Zwangs (des Gezwungenseyns) versetzt. Wenn mich nicht alles täuscht, so ist jene, nicht entsprechend scheinende Bezeichnung, als die Quelle mancher unrichtigen Ansicht zu betrachten.

Ausserdem ist auch die ganze Vorstellung von Niederdrückung der sinnlichen Triebfeder zur That, durch die sinnliche Triebfeder der Furcht, und von einer hierin liegenden Bekämpfung der Sinnlichkeit durch Sinnlichkeit, zu *materiell.* Sie ist mehr bildlich, als wahr, und gründet sich zu sehr auf die *physischen* Gesetze von Druck und Gegendruck, von Gewicht und Gegengewicht. Die einander entgegengesetzte Kraft zweier Triebfedern (der Lust an der That, und der Furcht vor der Strafe) wird dabei als ein Kampf zweier Naturkräfte, mithin als psychischer Mechanismus dargestellt, und der Mensch, als blos unter der Herrschaft der Sinnlichkeit stehend, gedacht (§. 36.).

Jene Idee des psychologischen Zwanges würde es ferner der Gesetzgebung zur Auf-

gabe machen, die Strafdrohung stets nach der Stärke der dadurch zu unterdrückenden sinnlichen Triebfedern abzumessen, welches theils nicht ausführbar ist, theils zu einer gefährlichen Einseitigkeit hinführen würde (§. 37.).

Denkt man sich hingegen die Strafdrohung, in so fern sie den friedestörenden Antrieben entgegenwirken soll, als *Warnung*, so ist sie zugleich und hauptsächlich an die *sittliche Natur* des Menschen gerichtet, an sein Tugend-, Rechts- und Ehrgefühl, ja selbst an die Klugheit, welche die Vortheile und Nachtheile der That berechnet und gegeneinander abwägt. Die warnende Stimme des Gesetzgebers will, durch die Vorstellung des, mit der Handlung verknüpften Strafübels, dem Menschen, ausser den Beweggründen der Sittlichkeit, des Rechts, der Religion und der Ehre, noch einen wichtigen Abrathungsgrund mehr geben, und ihm dadurch die pflichtmässige Beherrschung seiner sinnlichen Antriebe erleichtern. Da sie sich also nicht ausschliesslich und unmittelbar an die Sinnlichkeit wendet, so hat sie auch die Grösse der anzudrohenden Strafe nicht gerade nach der Stärke der sinnlichen Triebfeder auszumessen. Vielmehr entspricht es jenem Zweck der Warnung, wenn der Gesetzgeber die Strafwürdig-

keit der Handlung nach allen, die Gefährlichkeit derselben für die Rechtsordnung bestimmenden Rücksichten, beurtheilt, und ein, seiner hierauf gegründeten Vorstellung von dem Grade ihrer Strafbarkeit entsprechendes Uebel, androht. Von einer solchen Warnung lässt sich dann hoffen, dass sie den übrigen Abrathungsgründen von Verbrechen eine grössere Kraft beilegen, und dem solchergestalt Gewarnten die Bezähmung der Sinnlichkeit erleichtern wird.

In so fern hiernächst

2) Verbrechen nicht sowohl aus der Macht der sinnlichen Antriebe, als vielmehr aus moralischer Trägheit, aus Schwäche des sittlichen Gefühls und des Rechtssinnes, aus Stumpfheit des Gewissens hervorgehen, kann die ernste Warnung des Strafgesetzgebers dazu dienen, *das sittliche Gefühl anzuregen und zu schärfen, das schlafende Gewissen zu wecken, und den Abscheu gegen das Verbrechen zu erhöhen.*

Die gesetzliche Warnung kann ferner

3) *dem Wahn*, als ob die strafwürdige Handlung durch einen, an sich legalen Beweggrund, gerechtfertigt werde, entgegenwirken.

Auch wird

4) durch jene Warnung die *Pflicht zur*

Sorgfalt und Besonnenheit im Handeln theils durch ein neues Motiv *verstärkt*, theils zur *klareren Vorstellung gebracht*, theils *tiefer eingeprägt.*

Endlich

5) werden die Bürger durch die gesetzliche Warnung von der Gefährlichkeit und *bürgerlichen Strafwürdigkeit* der Handlungen bestimmter *unterrichtet*, und über die Grösse des daran geknüpften *Uebels belehrt.* Durch das Strafgesetz wird so Jedem Gelegenheit gegeben, die nachtheiligen rechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen im Voraus kennen zu lernen.

Aus dieser Beziehung des Strafgesetzes auf die oben bemerkten Entstehungsgründe der Verbrechen, ergibt sich die wahre *Natur und das Wesen der Warnung.* Dass dieselbe ihre wohlthätige Wirksamkeit auf verschiedene Weise zu äussern vermag, und daher als ein um so viel zweckmässigeres Mittel zur Lösung des Problems der Staatsgewalt anzusehen ist, diess enthält übrigens keinen Grund, die Warnung als auf verschiedenartige Zwecke gerichtet, mithin die Warnungstheorie als eine zusammengesetzte zu betrachten. Denn alle diese Arten der Wirksamkeit des Strafgesetzes vereinigen sich im *Begriffe der Warnung;* diese, mit allen ih-

ren möglichen, nützlichen Einflüssen auf die Bürger, ist *insgesammt* der *Zweck des Strafgesetzgebers;* und *jeder Bürger*, welches auch die Ursache der zu befürchtenden Störungen des Rechtsfriedens seyn mag, ist durch das Strafgesetz *gewarnt.*

Dass es aber wirklich die Absicht des Strafgesetzgebers sey, durch die gesetzliche Verkündigung der Strafe die Bürger zu warnen, und hierdurch die Begehung der verpönten Handlung zu verhüten, dass mithin das Strafgesetz, in seiner Beziehung auf das Volk, die Natur und Bestimmung einer öffentlich aufgestellten Warnungstafel habe, diess spricht sich in vielen Einrichtungen und Maassregeln aus, indem z. B. die Strafgesetze zum Theil öffentlich angeschlagen, oder verlesen, von den Kanzeln verkündigt, und die Bürger beim Schul- und Religions-Unterricht mit darüber belehrt werden.

Um jedoch der gesetzlichen Warnung ihre volle Wirksamkeit zu verleihen und zu sichern, muss der Staat zugleich die Hoffnung, dass die That unentdeckt bleiben, und dass es dem Thäter gelingen werde, sich der verwirkten Strafe zu entziehen, möglichst zu vernichten, oder doch zu schwächen suchen. Denn diese Hoffnung, mit welcher der Uebertreter, vor oder bei der That, sich zu schmei-

cheln pflegt, setzt dem Eindruck der Warnung ein grosses Hinderniss entgegen. (*Cicero* pro *Milone:* „maxima illecebra peccandi est „impunitatis spes.“) Zu den wirksamsten Mitteln, um die Hoffnung der Straflosigkeit zu unterdrücken, gehört theils eine stets wachsame Criminalpolicei, theils eine zweckmässige Einrichtung der Strafgerichte und des strafgerichtlichen Verfahrens.

Wenn daher der Staat, auf diese Weise, von der gesetzlichen Warnung, in Verbindung mit der Volkserziehung, und mit guten Policeianstalten, den gehörigen Gebrauch macht, so wird er seine, in allgemeiner Verhütung der Störungen des Rechtszustandes bestehende Aufgabe, so weit lösen, als dieses überhaupt bei menschlichen Einrichtungen möglich ist.

§. 13.

2) *Nothwendigkeit der Warnung.*

Nachdem die gesetzliche Warnung die Prüfung von Seiten der Zweckmässigkeit bestanden hat, kommt es zunächst darauf an, deren *Nothwendigkeit* nachzuweisen (§. 11.).

Diese ergibt sich aber zur Genüge aus der unverkennbaren und wirklich anerkannten Unzulänglichkeit der übrigen, auf allgemeine Verhütung aller Störungen des Rechts-

friedens abzweckenden Mittel. So oft daher Psychologie und Erfahrung den Inhaber der Staatsgewalt belehren, dass Volkserziehung und Policeianstalten allein nicht hinreichen, um gewisse, die Rechtsordnung gefährdende Handlungen überhaupt zu verhüten, stellt sich es ihm als *nothwendig* dar, dergleichen Handlungen durch Gesetz mit Strafe zu bedrohen, und solchergestalt die Bürger auf eine wirksame Weise vor deren Begehung zu warnen. Dieses lehrt nicht nur die Erfahrung, sondern es lässt sich auch a priori beweisen, dass es unmöglich ist, die Rechtsordnung ohne Strafgesetze zu erhalten, so wie dass ohne Strafgesetze die Verbrechen sehr überhand nehmen würden. Die Strafdrohung erscheint eben daher nicht als eine blos willkürliche Staatseinrichtung, sondern als ein, durch das Recht selbst als nothwendig dargestelltes, und daher *rechtliches Institut.*

§. 14.

3) *Rechtmässigkeit der Warnung.*

Die bisher, als zweckmässiges und als nothwendiges Mittel, zur Verhütung der, die Rechtsordnung gefährdenden Handlungen, dargestellte Warnung, bedarf nun auch noch der Prüfung von Seiten ihrer *Rechtmässigkeit.*

Es ist dabei, an dieser Stelle, nicht von der Rechtmässigkeit der *Anwendung* des Strafgesetzes im Falle der Uebertretung, als welche in dem rechtsgültigen Daseyn des Gesetzes und der geschehenen Uebertretung desselben ihren genügenden Rechtsgrund findet (§. 22. II.), sondern lediglich von der Rechtmässigkeit der *gesetzlichen Androhung* des Strafübels, mithin der darin liegenden *Warnung* die Rede.

Die Rechtmässigkeit dieser Warnung beruht aber auf einem doppelten Rechtsgrunde. Dahin gehört

1) die *Nothwendigkeit* der Warnung. Da nemlich die Stiftung und Erhaltung des Rechtszustandes von der Vernunft als durchaus nothwendig gefordert wird, so liegt in dieser Forderung zugleich die Gestattung des Gebrauches derjenigen Mittel, welche als zur Erreichung dieses Zwecks durchaus nothwendig anzusehen sind.

Nun ist aber die Unzulänglichkeit der übrigen Mittel zur Erhaltung der Rechtsordnung, so wie die Nothwendigkeit der gesetzlichen Strafdrohung nachgewiesen (§. 13.). Folglich ist die Staatsgewalt berechtigt und verpflichtet, von diesem einzig genügenden, mithin durchaus nothwendigen, und also rechtlichen, Mittel Gebrauch zu machen.

Die Rechtmässigkeit der fraglichen Warnung fliesst ausserdem

2) auch aus der *Vereinbarkeit* derselben mit den *Rechten der Bürger.* Die Warnung enthält an sich keinen Zwang, und bezweckt ja nur die Unterlassung unerlaubter Handlungen.

In beiden Hinsichten ist sie daher keine Beschränkung der sittlichen und rechtlichen Freiheit der Bürger. Diese können es auch nicht als eine Beleidigung ansehen, dass der Staat, indem er die Warnung an Alle richtet, jeden Einzelnen der bedrohten Handlungen für fähig zu halten scheint. Denn der Staat sieht dabei nur auf das Ganze, auf die allgemeine Menschennatur, welche, vermöge ihres sinnlichen Grundbestandtheils, die Möglichkeit unerlaubter Handlungen voraussetzen lässt. Und gerade indem das Gesetz keinen Einzelnen, sondern die Gesammtheit warnt, tritt es Keinem zu nahe. Mag dann immer der Einzelne, welcher zu der unerlaubten Handlung geneigt ist, sich durch die gesetzliche Warnung getroffen und beschränkt fühlen; er darf sich doch über eine solche Mahnung zum Unterlassen unerlaubter Handlungen nicht beschweren.

Man hat zwar gegen die Rechtmässigkeit der Strafdrohung eingewendet, der Staat

mische sich durch dieselbe unbefugt in Angelegenheiten des *inneren* Menschen, welche ihn nicht beträfen [a]).

Allein, abgesehen von dem, schon durch Nothwendigkeit begründeten Rechte des Staats, auf das Gemüth der Bürger, durch Warnung derselben vor Störungen des Rechtsfriedens, einzuwirken, kommt es einestheils nicht blos auf etwas Inneres, sondern auf Verhütung *äusserer*, die Rechtsordnung gefährdender Handlungen an, anderntheils enthält, wie bereits oben (§. 12. B. 1.) bemerkt wurde, die, in der Strafdrohung liegende Warnung keinen Zwang, mithin keine rechtswidrige Beschränkung der Willensfreiheit, sondern nur die befugte Aufstellung eines neuen Abrathungsgrundes von verbrecherischen Handlungen, und die Aufmunterung zu einer bürgerlichen Gesinnung und Willensrichtung. Hierin liegt aber eben so wenig eine rechtswidrige Einmischung in das Innere des Menschen, wie in den Vorstellungen der Eltern, Lehrer und Prediger, wodurch sie die Pflichten der Tugend und Religion einschärfen, und zu deren Erfüllung aufmuntern.

a) *C. Trummer zur Philosophie des Rechts, insbesondere des Strafrechts.* Hamburg 1827. S. 93.

Die Rechtmässigkeit des, in der Warnung liegenden Mittels zum Schutz der Rechtsordnung, ist daher, an und für sich betrachtet, nicht zu bezweifeln. Hat nun gleich diese Befugniss des Staats, wie alle Rechte, ihre natürlichen Grenzen, binnen deren solche ausgeübt werden muss (§. 27—31.), so kann doch von diesen Grenzen und deren möglicher Ueberschreitung kein Grund gegen das Daseyn des Rechtes an sich entlehnt werden.

§. 15.

IV) *Strafrecht des Staats.*

Die bisherigen Untersuchungen, welche der Deduction des Strafrechtes gewidmet wurden, liefern nun folgende sichere *Ergebnisse:*

1) Die Staatsgewalt ist verpflichtet und berechtiget, solche Handlungen, welche die Rechtsordnung gefährden, im Allgemeinen möglichst zu verhüten (§. 2—5.);

2) die Mittel zur Lösung dieser Aufgabe bestehen theils in der Volkserziehung (§. 7.), theils in Policeianstalten (§. 8.), theils in Warnung der Bürger durch gesetzliche Androhung von Strafen (§. 9.), welche Mittel sämmtlich auf jenen Zweck wirken, und zugleich wechselseitig ihre Wirksamkeit befördern (§. 10.).

3) Das, in der Warnung der Bürger durch Strafdrohung liegende Mittel insbesondere, ist nicht nur zweckmässig (§. 12.), und nothwendig (§. 13.), sondern auch rechtmässig (§. 14.).

4) Diesem allen zufolge gebürt also dem Staate das *Strafrecht* (*die Strafgewalt*), d. h. *das Recht, die, den Rechtszustand gefährdenden Handlungen, zur Warnung Aller, durch Gesetz mit Uebeln zu bedrohen, und diese Uebel dem Uebertreter des Gesetzes zuzufügen.*

Bei näherer Betrachtung der *Natur* dieses Rechtes, ergibt sich

a) dass solches erst mit und aus dem *Staate* entsteht, und dass es *nur dem Staate zukommt.*

Dem Menschen, ohne den Staat gedacht (im sogenannten Naturstande), mithin dem Einzelnen, gebürt zwar die Befugniss, seine Rechte durch Zwang zu schützen, und also auch das Recht, dem Angreifer, so weit solches der Zweck des Selbstschutzes nöthig macht, Uebel zuzufügen. Allein der Vertheidigungszwang, er mag sich als Präventions-eigentlicher Defensions- oder Entschädigungszwang äussern, ist niemals *Strafe*, da der Einzelne nicht weiter gehen darf, als zum Schutz seiner Rechte wider den Beleidiger

nothwendig ist. Wollte er daher weiter gehen, und nach erreichtem Zwecke der Vertheidigung dem Beleidiger, blos um der begangenen Illegalität willen, auch noch ein Uebel zufügen, also denselben strafen; so würde es hierzu an einem Rechtsgrunde fehlen, und er selbst würde Beleidiger werden, mithin der nunmehr Angegriffene befugt seyn, sich gegen die Zufügung jenes weiteren Uebels zu vertheidigen.

Mit dem s. g. natürlichen Strafrechte des einzelnen Menschen fallen daher auch alle die Folgen weg, welche man aus dieser unhaltbaren Voraussetzung abzuleiten versucht hat, indem man z. B. das Strafrecht des Staats auf eine demselben von Seiten der Einzelnen geschehene Uebertragung gründete, oder dasselbe aus dem Präventionsrechte der Einzelnen ableitete, oder als eine Nothwehr des Staats darstellte.

b) Das Strafrecht des Staats begreift theils das *Recht der Strafgesetzgebung*, theils die *Strafjustizgewalt*.

Diese beiden Ausflüsse der Strafgewalt haben aber nicht blos die Natur von *Rechten*, sondern sind zugleich *Rechtspflichten*, indem sie sich auf Anwendung eines, für den Staatszweck durchaus nothwendigen Mittels, beziehen.

c) Die Strafgewalt hat ihre natürlichen *Grenzen*, welche im Allgemeinen das Rechtsgesetz bestimmt. Diese Grenzen bestehen vorzüglich darin, dass nur wirklich strafwürdige Handlungen, diese aber sämmtlich, mit Strafen bedroht werden, und dass sowohl die Strafarten, als die Grösse der Strafen, mit Rücksicht auf Zweckmässigkeit, Nothwendigkeit und Gerechtigkeit bestimmt werden (§. 27—31.).

Durch die Ableitung der Strafgewalt ist nun der erste Schritt zur sicheren Begründung einer haltbaren Theorie geschehen, indem aus jener Deduction theils die allgemeinen Grundbegriffe, theils die allgemeinen Grundsätze, welche eine wissenschaftliche Theorie aufstellen muss, hergeleitet werden können.

Zweites Capitel.

Allgemeine Grundbegriffe.

§. 16.

I) *Strafgesetz:* A) *Begriff.*

Unter den Grundbegriffen der Strafrechtswissenschaft nimmt der Begriff des Strafgesetzes die *erste Stelle* ein. Denn auf demselben ruht theils der Begriff der Strafe, in-

dem nur das durch Gesetz angedrohte Uebel die Natur der rechtlichen (bürgerlichen) Strafe hat (§. 18.), theils der Begriff des Verbrechens, da rechtlich nur die Uebertretung des Strafgesetzes als Verbrechen anzusehen ist (§. 24.).

Strafgesetz wird aber hier nicht im weiteren Sinne, wo es alle Rechtsnormen, welche Verbrechen und deren Bestrafung betreffen, umfasst, sondern in der engeren oder eminenten Bedeutung genommen.

Strafgesetz (*lex poenalis*) *ist ein bürgerliches Gesetz, welches eine unerlaubte Handlung mit einem Uebel bedroht.* Es besteht also in der gesetzlichen Erklärung, dass dem Uebertreter das gedrohte Uebel durch den Richter zuerkannt, und wider ihn vollstreckt werden solle.

§. 17.

B) *Natur des Strafgesetzes.*

Eine richtige Ansicht vom Wesen des Strafgesetzes ist sehr folgenreich. Gleichwohl fehlt es daran nicht selten, und aus diesem Mangel entspringen manche Missverständnisse und Controversen.

I) Das Strafgesetz ist stets eine *positive* Rechtsnorm (*bürgerliches* Gesetz).

Zwar lehrt das Vernunftrecht, dass dem Staat die Strafgewalt zukomme, und bestimmt auch die allgemeinen Grenzen der Ausübung dieser Gewalt. Allein es bedrohet keine Störung des Rechtsfriedens mit Strafe, und stellt also kein einziges Strafgesetz auf.

II) Gesetz wird hier nicht in dem engeren Sinne genommen, wo es nur eine, vom Organ des Sammtwillens verkündigte Regel bedeutet (geschriebenes Recht), sondern für *jede gültige Rechtsnorm.* Werden nun gleich bei weitem die meisten Strafgesetze eigentliche (geschriebene) Gesetze seyn, so kann doch auch das *ungeschriebene Recht* (Gewohnheitsrecht im weiteren Sinne) die Natur eines Strafgesetzes haben.

Man muss indessen hierbei die drei Arten des ungeschriebenen Rechtes — Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch und Doctrin — unterscheiden. Alle drei gehen zwar aus dem Volke, aber auf verschiedene Weise hervor.

A) Die *Gewohnheit* im engern Sinne, beruht auf der übereinstimmenden Ueberzeugung einer Gesammtheit der Bürger, deren Daseyn aus der gleichförmigen Handlungsweise erkannt wird. Sie geht *unmittelbar* aus dem Volke hervor. Nun sind aber Strafsachen öffentliche Angelegenheiten, mithin kein Ge-

genstand der Volksautonomie, und es kann sich also hierüber keine Gleichförmigkeit des Handelns (keine Sitte) bilden. In eigentlicher Gewohnheit kann also das Strafgesetz nicht bestehen.

B) Die *Doctrin* und der *Gerichtsgebrauch* (die *Praxis*) gehen *mittelbar*, nemlich durch die Rechtsgelehrten, aus dem Volke hervor. Die Lehren der Rechtsverständigen, und die Rechtskraft der Präjudicien machen jedoch nicht selbst das ungeschriebene Recht aus, sondern liefern nur, wenn sie übereinstimmen, den Beweis der herrschenden und geltenden Rechtsansichten.

So haben dann auch die Lehren der Criminalisten, besonders wenn sie sehr verbreitete und angenommene sind, grossen Einfluss sowohl auf die Wissenschaft als auf die Rechtssprechung; und aus den gleichförmigen Urtheilssprüchen der Strafgerichte bildet sich, durch Usualauslegung der bestehenden Strafgesetze, ein System der Gesetzanwendung (Gerichtsgebrauch, Praxis), wodurch auf der einen Seite manche Handlung, welche an sich unter dem Strafgesetz begriffen war, mittelst einschränkender Interpretation, davon ausgeschlossen, auf der anderen Seite aber das Strafgesetz, mittelst der extensiven Auslegung, oder der Analogie, auf manche Hand-

lung ausgedehnt, und letzterer also auf diesem Wege die Natur eines Verbrechens beigelegt wird.

Die ins Leben übergegangene Doctrin, und die wirklich bestehende Praxis, sind folglich auch für das Strafrecht als wahre Rechtsquellen zu betrachten. Die Carolina verweisst daher nicht selten auf die Rechtsverständigen, so wie auf gute Gewohnheiten, und billigt also die Fortbildung des Criminalrechts durch Doctrin und Gerichtsgebrauch. Und einer solchen steten Fortbildung bedarf dieser Zweig des Rechts gerade am nothwendigsten, weil keine Gesetze so sehr unter dem Einfluss der Sitten und Meinungen stehen, und durch beides so sehr modificirt werden als die Strafgesetze. Wie sehr weicht z. B. das jetzige System der Rechtssprechung von den gesetzlichen Vorschriften der Carolina ab. Und wo würde es hinführen, wenn die Strafgerichte den heutigen Gerichtsgebrauch hintansetzen, und die Strafbestimmungen der Carolina wieder zur Anwendung bringen wollten?

III) Seinem *Inhalte* nach besteht das Strafgesetz theils in Bezeichnung derjenigen Handlung, welche es bedroht, theils in Bestimmung des daran geknüpften Strafübels. Es ist daher der Ausdruck der Vorstellung des Gesetzgebers von der bürgerlichen Straf-

würdigkeit einer Handlung, und die Verkündigung der Nothwendigkeit des wider den Handelnden zu verhängenden Uebels.

IV) Nach seiner *Richtung* betrachtet, bezieht sich das Strafgesetz theils auf die *Unterthanen*, theils auf die *Richter*.

A) In seiner Beziehung auf die *Unterthanen*, *bezweckt* das Strafgesetz die Verhütung unerlaubter Handlungen durch *Warnung* Aller, mittelst eines der Strafwürdigkeit der Handlung angemessenen Uebels (§. 12.). Von dieser Seite betrachtet, ist daher das Strafgesetz keine Norm für das äussere Handeln, sondern ein aufs *Innere* sich beziehendes Gesetz (ein *Willensgesetz*). Zwar knüpft es das Strafübel an die äussere Handlung. Allein dieses ist schon ohne das Strafgesetz als unsittlich oder rechtswidrig, mithin als unerlaubt anzusehen, und wird es nicht erst durch das Strafgesetz, welches nur auf Verhütung einer, ohnedies schon, mithin an sich, unerlaubten Handlung abzweckt. Vielmehr bezieht sich die Wirksamkeit des Strafgesetzes im Ganzen, und in allen ihren oben bemerkten einzelnen Arten (§. 12. B.) zunächst lediglich auf das *Innere*. Das Strafgesetz soll einen neuen Abrathungsgrund von unerlaubten Handlungen aufstellen, das sittliche Gefühl wecken und schärfen, den Bürgern die

Pflicht der Besonnenheit tiefer einprägen und sie von der Grösse der bürgerlichen Strafbarkeit der Handlungen unterrichten. Durch alles dieses will der Gesetzgeber die Bürger *warnen*, und auf solche Weise, durch Einwirkung aufs *Innere*, die äussere That, welche ihre Quelle im Inneren des Handelnden hat, und nur aus diesem Grunde strafwürdig ist, verhüten.

Diese Beziehung des Strafgesetzes auf das Innere, insbesondere auf den Willen, ist von sehr wichtigen Folgen, theils im Allgemeinen, theils in Hinsicht mancher einzelnen Fragen. Dahin gehört z. B. die streitige Frage von der Verbindungskraft des Strafgesetzes hinsichtlich der, zwar von Unterthanen, aber *im Auslande* begangenen Verbrechen. Da nemlich das Strafgesetz den äusseren Handlungen keine Norm vorschreibt, sondern die Bürger warnen soll, so kann der Gesetzgeber die Bürger auch für den Fall, dass sie im Auslande die fragliche Handlung verüben sollten, mit Strafe bedrohen, und solchergestalt seine warnende Stimme auch an sie richten.

Eine andere Folge aus der Natur des Strafgesetzes, als eines Willensgesetzes, besteht in der Rechtmässigkeit der Bestrafung des Versuches überhaupt, und insbesondere auch der zur Hervorbringung des beabsich-

tigten gesetzwidrigen Erfolgs *untauglichen Versuchshandlungen;* denn da sich hier der gefährliche Wille, auf welchen das Strafgesetz gerichtet ist, durch äussere Handlungen an den Tag gelegt hat, so muss den Handelnden auch Strafe treffen [a]).

B) In seiner Beziehung auf den *Richter*, ist das Strafgesetz der rechtsgültige Maasstab der Beurtheilung der äusseren Handlungen; sowohl in Hinsicht der Frage: ob die Handlung dem Strafgesetz entgegenlaufe, mithin für ein Verbrechen zu halten sey, als in Ansehung der Strafart und des Strafgrades, in so fern beide durch das Gesetz bestimmt sind.

Von dieser Seite betrachtet, gewährt das Strafgesetz zugleich den Bürgern die Sicherheit, dass sie nur wegen gesetzlich verpönter Handlungen bestraft, und nur mit der gesetzlich angedrohten Strafe belegt werden, und bietet ihnen solchergestalt eine ganz unentbehrliche Garantie gegen Richterwillkür dar.

a) Meine *Anmerkungen zum Hannoverschen Entwurf* Th. I. S. 404 ff. Th. II. S. 115 ff. Der Ausdruck „*Versuch mit untauglichen Mitteln*" ist zwar der gewöhnliche, jedoch zu beschränkt, und führt daher leicht diejenigen irre, welche sich mehr an den Namen, als an den Begriff halten. Besser sagt man, „*untaugliche Versuchshandlungen.*"

§. 18.

II) *Strafe:* A) *Begriff.*

Strafe im rechtlichen Sinne (bürgerliche, rechtliche Strafe, poena forensis) ist ein, vom Staate, zur Warnung der Bürger vor unerlaubten Handlungen, durch Gesetz angedrohtes, und im Uebertretungsfalle, kraft dieses Gesetzes, zuzufügendes Uebel.

A) Der Begriff der Strafe bezieht sich theils auf das blos *gesetzlich angedrohte Uebel* (die Strafe in abstracto), theils auf das dem Uebertreter *zugefügte Uebel* (die Strafe in concreto). Dort hat der *Gesetzgeber* das Uebel an *mögliche* Handlungen geknüpft, hier aber knüpft der *Richter* das Uebel an eine *wirklich begangene* Handlung. Auch das blos angedrohte Uebel ist daher Strafe, und heisst Strafe, wie solches schon die Ausdrücke: *Strafgesetz, Strafgesetzgeber* u. s. w. zeigen.

Aus der unterlassenen Unterscheidung beider Momente, und aus der Beschränkung des Begriffs der Strafe auf das vollstreckte Uebel, sind manche Irrthümer entsprungen.

B) In beiden Beziehungen gehört aber zum Begriff der Strafe das Merkmal eines *Uebels.* Ob etwas für ein Uebel zu halten sey, diess hat natürlich der Gesetzgeber, wel-

cher überhaupt nur auf das Ganze sein Augenmerk richtet, nach der Natur der Sache und nach der gewöhnlichen Vorstellungsart, zu beurtheilen. Sollte sich dann auch der seltne Fall ereignen, dass ein gewisser Uebertreter die, als ein Uebel angedrohte Strafe, nicht für ein wirkliches Uebel hielte, oder sie vielleicht gar als ein Gut begehrte, so würde diess nur einen rechtlichen Grund zur Ausübung des richterlichen Strafverwandlungsrechtes enthalten, das Uebel aber deshalb nicht aufhören, an sich die Natur eines Uebels zu haben.

C) Durch den oben aufgestellten Begriff der Strafe wird dieselbe von allen *verwandten*, und oft damit verwechselten *Begriffen*, *bestimmt und wesentlich unterschieden.* Insbesondere

1) von dem blossen *Vertheidigungs-* und *Entschädigungszwang* (§. 15. n. 4. a.)

2) Von *Wiedervergeltung*, welche ohne alle Rücksicht auf eine vorausgehende gesetzliche Androhung, als blosse Rückwirkung der unerlaubten Handlung, erfolgt.

3) Von *Abbüssung*, welche in Herstellung des durch die unerlaubte Handlung bewirkten idealen Schadens besteht,

4) von *Züchtigung*, welche auf Besserung des Thäters abzweckt.

5) Von *Specialprävention*, welche weiteren unerlaubten Handlungen desselben Thäters zuvorkommen soll.

6) Von einem Uebel, welches dem Einen, zur *Abschreckung* der Anderen, zugefügt würde.

7) Von *Rache*, welche die Befriedigung einer Begierde des Beleidigten bezweckt.

§. 19.

B) *Zweck der Strafe:* 1) *Vorbegriffe.*

Ueber den Strafzweck herrscht noch jetzt eine sehr grosse Mannichfaltigkeit der Ansichten, und es ist dieses gerade derjenige Punct, worin sich das Eigenthümliche der einzelnen Strafrechtstheorien vorzüglich ausspricht.

Die Hauptquellen dieser auffallenden Meinungsverschiedenheit bestehen theils in unrichtigen Vorstellungen von derjenigen Aufgabe, welche die Staatsgewalt zu lösen hat (§. 5.), theils in Nichtbeachtung des Rechtsgesetzes, und der Erfahrung, theils und hauptsächlich im Mangel klarer und bestimmter Vorbegriffe und Unterscheidungen.

Um diesem letzteren Mangel zu begegnen, ist es vor allen Dingen nöthig, den Begriff des Strafzwecks überhaupt aufzustellen, und

denselben in seine verschiedenen Arten zu zerlegen.

A) *Zweck der Strafe* ist diejenige Wirkung, welche durch Verknüpfung eines Uebels mit einer Handlung, hervorgebracht werden soll. Die Verbindung des Uebels mit der Handlung wird als die Ursache betrachtet, wodurch der gewollte Erfolg bewirkt, als das Mittel, wodurch dieser Zweck erreicht werden soll.

Wesentlich verschieden vom Strafzwecke sind diejenigen nützlichen *Wirkungen* oder *Folgen*, welche die *Zufügung* der Strafe hervorbringen kann, deren Hervorbringung aber nicht der Zweck und der Grund der Verknüpfung des Uebels mit der Handlung ist. So kann z. B. die Bestrafung eines Uebertreters die erwünschte Folge haben, dass dieser gebessert und zugleich mancher Andere abgeschreckt wird; allein diese erfolgte Besserung und Abschreckung ist nicht als diejenige Wirkung, welche durch Verknüpfung des Uebels mit der Handlung hervorgebracht werden soll, mithin nicht als der Strafzweck anzusehen, sondern nur als eine mittelbare, zufällige Wirkung, welche aus der Vollziehung der Strafe hervorgehen kann. Aus der unterlassenen Unterscheidung des Strafzwecks und der Folgen der Strafzufügung, so wie aus der Ver-

wechslung beider, sind manche falsche Ansichten entsprungen.

B) Zerlegt man nun den allgemeinen Begriff des Strafzwecks in seine *verschiedenen Arten*, so ergeben sich folgende Unterscheidungen.

1) Der Strafzweck kann als *objectiver* und als *subjectiver* Zweck (sachlicher, oder persönlicher Zweck) gedacht werden. Subjectiver Zweck wäre dann die besondere Absicht desjenigen, welcher die Strafe an die Handlung knüpfte, mithin des Gesetzgebers, oder des Richters. So würde es z. B. ein solcher persönlicher Zweck seyn, wenn ein habsüchtiger Gesetzgeber, um sich zu bereichern, viele und hohe Vermögensstrafen drohete, oder wenn ein leidenschaftlicher Richter den Uebertreter bestrafte, um sich an ihm zu rächen. Es bedarf kaum der Bemerkung, dass hier nicht von dergleichen subjectiven Absichten, sondern nur von dem *objectiven* Strafzweck die Rede seyn könne.

2) Es ist ein Unterschied zwischen dem *Endzweck* der Strafe, und dem *nächsten Zweck*. Der *Endzweck* besteht in Erhaltung der Rechtsordnung. Hierin stimmen alle relative Strafrechtstheorien überein. Eben daher ist derselbe nicht geeignet, die Natur der Strafe bestimmt zu bezeichnen. Vielmehr

kann die Strafe ihren Endzweck auf verschiedene Weise befördern. Aus einer Bestimmung der Art, wie die Strafe ihren Endzweck bewirken soll, ergibt sich der *nächste Zweck* derselben.

Nur der *nächste* oder unmittelbare *Zweck*, welcher sich zu dem Endzweck als Mittel verhält, vermag die Strafe zu charakterisiren, und folglich kommt es hier nur auf letzteren an.

Man muss ferner

3) zwischen dem *Hauptzweck* und den *Nebenzwecken* der Strafe unterscheiden. Der *Hauptzweck* ist *allgemein*, *wesentlich* und *unveränderlich*. Die *Nebenzwecke* oder untergeordneten Zwecke, bestehen in nützlichen Wirkungen und Folgen, welche neben dem Hauptzweck, durch die Vollstreckung der Strafe, nach Umständen, befördert werden können, als z. B. Besserung des Sträflings, Sicherung gegen denselben während der Strafe, oder durch die Strafe, Abschreckung Anderer u. dgl. m. Die Rücksicht auf dergleichen zu versuchende Nebenzwecke kann allerdings auf die Modalität der Strafe von erheblichem Einflusse seyn. Stets muss aber der Hauptzweck, als unbedingt allgemeiner und vorherrschender Zweck, ins Auge gefasst wer-

den, welcher eben daher bestimmt und klar aufgestellt seyn muss.

Die gegenwärtige Untersuchung über den Zweck der Strafe bezieht sich folglich nur auf den *Hauptzweck* derselben.

Am wichtigsten und nothwendigsten ist aber

4) die Unterscheidung zwischen Zweck der *gesetzlichen Androhung* des Uebels, und der *Zufügung* desselben, oder bestimmter zwischen Zweck des *Strafgesetzes* und Zweck des *Strafurtheils*. Diese Unterscheidung ist so wesentlich, dass ohne sie gar kein bestimmtes und richtiges Urtheil über den Strafzweck möglich ist. Man sollte daher auch nicht vom Zweck der Strafe, sondern nur vom Zweck des Strafgesetzes und des Strafurtheils reden. Der Ausdruck „Strafzweck" ist nur eine abgekürzte Redensart. Denn die Frage nach dem Strafzweck kann immer nur die seyn: zu welchem Zweck droht der Gesetzgeber Strafe an? und zu welchem Zweck belegt der Richter den Uebertreter mit Strafe? Stellt man hingegen anstatt dieser beiden einzelnen bestimmten Fragen, die allgemeine unbestimmte Frage auf, welches der Strafzweck sey? so wird die darauf erfolgende Antwort immer unrichtig seyn, weil sie sich nothwendig nur auf eine jener beiden bestimm-

ten Fragen beziehen muss, und doch als allgemeine Antwort auf jene allgemeine Frage ertheilt wird. Und gerade hierin liegt die Hauptquelle der verschiedenen Meinungen über die Natur der Strafe und der grossen in dieser Lehre herrschenden Verwirrung der Begriffe.

Für die Richtigkeit dieser Bemerkung liefert die Erfahrung die sprechendsten Beweise. Bei den Untersuchungen über Zweck und Rechtsgrund der Strafe haben die Meisten nur die Bestrafung (die Strafzufügung) im Auge, jedoch zum Theil ohne sich darüber deutlich zu erklären; manche denken weder bestimmt an die Strafdrohung, noch bestimmt an die Strafzufügung, sondern halten sich blos an die allgemeine Frage vom Strafzweck, weshalb dann auch ihre Ansichten aller Bestimmtheit und Klarheit ermangeln. Und auch die, welche blos auf einen Zweck der Bestrafung Rücksicht nehmen, fassen dabei zum Theil sehr einseitig nur den *Act der Execution* ins Auge, während doch der darin liegende physische Zwang nur als die rechtliche Folge des Strafurtheils anzusehen ist, und es also eigentlich und hauptsächlich auf die *Zuerkennung* der Strafe (das Strafurtheil) ankommt.

Die Unterscheidung zwischen Zweck des Strafgesetzes und Zweck des Strafurtheils, ist hiernach so wesentlich und durchgreifend, dass sie die eigentliche Grundlage der Bestimmung des Strafzwecks bildet.

§. 20.

2) *Bestimmung des Strafzwecks:* a) *Zweck des Strafgesetzes.*

Erst nach diesen Voruntersuchungen, lässt sich ein sicheres und bestimmtes Urtheil über den Strafzweck fällen. Hierbei ist nun zunächst der *Zweck des Strafgesetzes* aufzustellen.

Das Strafgesetz, in seiner Richtung auf die Unterthanen (§. 17. IV.), bezieht sich auf die Zukunft, auf mögliche Störungen des Rechtszustandes. Diesen will es im Allgemeinen möglichst zuvorkommen, und hierin besteht

A) sein *Endzweck*, oder die letzte Wirkung, welche durch dasselbe hervorgebracht werden soll, nemlich Verhütung möglicher Störungen der Rechtsordnung, durch Bedrohung derselben mit Uebeln (Generalprävention). Dass dieses der Endzweck des Strafgesetzes sey, darin stimmen nicht nur beide Arten der Strafandrohungstheorie, sondern

auch diejenigen zusammengesetzten Theorien, welche einen Zweck für das Strafgesetz, und einen andern Zweck für das Strafurtheil aufstellen, mit einander überein.

B) Der *nächste* oder *unmittelbare Zweck* des Strafgesetzes (also derjenige, welcher den eigenthümlichen Character einer jeden relativen Strafrechtstheorie bestimmt, und auf den es folglich hier ankommt) besteht in *Warnung* der Bürger vor allen Störungen des Rechtszustandes, durch Androhung der Strafe. Das Strafgesetz soll den Bürgern noch einen neuen, wirksamen Abrathungsgrund von dergleichen Handlungen geben, ihr sittliches Gefühl wecken und schärfen, ihnen die Pflicht der Besonnenheit und Sorgfalt im Handeln klarer machen und tiefer einprägen, und sie über die Grösse der bürgerlichen Strafwürdigkeit belehren, durch alles dieses aber dieselben von Begehung der bedrohten Handlungen abhalten (§. 12. B.).

Der *nächste und Hauptzweck* (*eigentliche Zweck*) *des Strafgesetzes* besteht also in möglichster Verhütung von Störungen des Rechtszustandes, durch Warnung der Bürger mittelst der Strafdrohung.

Zwar kann der Gesetzgeber, neben diesem Hauptzweck, durch die Modalität der gedrohten Strafen, mitunter wohl auch noch

andere, untergeordnete rechtliche Zwecke (*Nebenzwecke*) zu befördern versuchen, wie z. B. Besserung des Sträflings, Sicherung gegen denselben durch die Art, oder die Dauer der Strafe, Abschreckung Anderer u. s. w.

Allein zwischen jenem Hauptzwecke, und diesen Nebenzwecken, finden sich folgende wesentliche Verschiedenheiten, welche den Beweis liefern, dass solche dem Hauptzwecke weder *unterstellt*, noch *gleichgestellt* werden können.

1) Der *Hauptzweck* ist auf möglichste Verhütung der Verbrechen gerichtet; es soll also durch das Strafgesetz zugleich die Nothwendigkeit seiner Anwendung seltner gemacht werden. Die *Nebenzwecke* hingegen sollen durch die Vollstreckung der gedrohten Strafe befördert werden. Ihre Berücksichtigung von Seiten des Gesetzgebers bezieht sich also blos auf den Fall, wo eine Uebertretung geschehen, mithin der Zweck des Strafgesetzes in so fern verfehlt worden ist.

2) Der Hauptzweck ist *allgemeiner*, *wesentlicher*, *steter* Zweck des Strafgesetzes. Die Nebenzwecke kann hingegen der Strafgesetzgeber nicht stets, und nicht sämmtlich ins Auge fassen.

3) Der Hauptzweck ist der *vorherrschende* Zweck; welchem daher die Neben-

zwecke dergestalt *untergeordnet* werden müssen, dass das Strafgesetz durch deren Beachtung niemals seinem Hauptzwecke entgegenwirkt, oder dessen Erreichbarkeit beeinträchtigt. Falls z. B. der Hauptzweck des Strafgesetzes nur durch Androhung der Lebensstrafe erreicht werden könnte, dürfte der Nebenzweck der Besserung des Sträflings dagegen nicht geltend gemacht werden.

4) Die Nebenzwecke enthalten nicht den Rechtsgrund der Strafdrohung, und deren Beachtung von Seiten des Gesetzgebers kann nur auf die *Modalität* der anzudrohenden Strafe Einfluss haben, z. B. auf die Wahl der Strafarten und auf die Einrichtung der Strafanstalten. Und so wird dann allerdings diejenige Strafgesetzgebung die vollkommenste seyn, welche, ohne ihren Hauptzweck aus den Augen zu verlieren und zu beeinträchtigen, zugleich die möglichste Erreichung rechtlicher Nebenzwecke zu befördern geeignet ist.

§. 21.

b) *Zweck des Strafurtheils.*

Um über die Frage: ob auch für die *Bestrafung* begangener Uebertretungen des Strafgesetzes ein *Zweck* aufzustellen sey? ein bestimmtes Urtheil fällen zu können, ist es

nöthig, diese Frage genauer zu bestimmen, und solche zu dem Ende in zwei Fragen zu zerlegen.

Die Frage kann

I) zunächst den Sinn haben, ob *das ganze Institut der Strafjustizpflege*, und die dadurch zu bewirkende *Anwendung der Strafgesetze* auf die vorkommenden Uebertretungen, auf einen *Zweck* gerichtet sey?

So verstanden, ist die Frage allerdings zu bejahen. Der Staat, indem er dieses Institut schafft, zu dem Ende Strafgerichte anordnet, das Strafverfahren bestimmt, und Strafvollstreckungsanstalten trifft, *bezweckt* dadurch eine sichere, gleichförmige, gerechte Anwendung der übertretenen Strafgesetze, wodurch er dann zugleich die Ernstlichkeit der Strafdrohung beweisst, und die Hoffnung, sich der Strafe entziehen zu können, unterdrückt oder schwächt.

Dieses ist jedoch *kein eigner* (neuer, besonderer) Zweck der Strafjustizpflege (der Bestrafung), sondern *fällt mit dem Zwecke des Strafgesetzes gänzlich zusammen.* Denn die gesetzliche Androhung der Strafe enthält ja wesentlich die Erklärung, dass dem Uebertreter die gedrohte Strafe durch die Strafgerichte zuerkannt, und auf die gesetzliche Weise wider ihn vollstreckt werden solle. Ohne

allen Zweifel hat der Gesetzgeber, bei Androhung der Strafe, *zugleich* die im Uebertretungsfall erfolgende Zuerkennung und Vollstreckung derselben, als eine nothwendige Bedingung der Wirksamkeit der Androhung, im Auge. Der Zweck des Richtens und Vollstreckens liegt also bereits mit im Zweck des Strafgesetzes. Kann man daher gleich in so fern von einem Zweck der Anwendung des Strafgesetzes, oder von einem Zweck der, durch den Staat angeordneten Bestrafung wirklicher Uebertreter, reden; so ist es doch eben so gewiss, dass die Bestrafung keinen eignen (weiteren, besonderen, neuen) Zweck hat [a]), und dass es daher richtiger und angemessener ist, nur von dem Zwecke des Strafgesetzes (§. 20.) zu reden.

II) Die Frage nach dem Zwecke der Bestrafung kann aber auch auf den *Richter* bezogen werden, und den Sinn haben, ob der Richter das Strafgesetz um eines Zweckes willen anwende, ob er also das *Strafurtheil* auf einen gewissen Zweck beziehen, und durch die Fällung und Vollziehung desselben diesen Zweck befördern solle?

a) Dieses scheint auch die Meinung des scharfsinnigen Recensenten in der Leipziger Lit. Zeitung 1829. S. 610. zu seyn.

In diesem Sinne genommen bedarf nun die Frage einer genauern Untersuchung.

Hier findet sich aber, dass sämmtliche relative Strafrechtstheorien, nur mit alleiniger Ausnahme der Warnungstheorie, für die wirkliche *Bestrafung* eines Uebelthäters (für das *Strafurtheil*, für die Zuerkennung und Vollstreckung der Strafe) wirklich einen *Zweck* aufstellen. Während hierin alle übereinstimmen, zeigt sich jedoch eine grosse Verschiedenheit derselben, nicht nur in Hinsicht der Bestimmung des Zwecks der Bestrafung, sondern auch in Ansehung des Verhältnisses, worin der Zweck der Strafzufügung zum Endzweck der Strafe stehen soll.

Nur von letzterer Verschiedenheit ist hier die Rede, und diese ergibt sich aus folgender Vergleichung.

1) Manche wollen den Endzweck der Strafe *blos* durch die *Zufügung* der Strafe verfolgen. Dieses gilt theils von der reinen Abbüssungstheorie (Erstattungstheorie), theils von der reinen Besserungs- und Präventionstheorie, theils von der reinen Abschreckungstheorie, indem diese Theorien die Rechtsordnung durch Gutmachung des, aus dem Verbrechen entsprungenen idealen Schadens, durch Besserung des Verbrechers, durch Abhaltung desselben von weiteren Läsionen (Specialprä-

vention), oder durch Abschreckung Anderer, und zwar sämmtlich, mittelst der Strafzufügung, sichern wollen.

2) Andere betrachten den Zweck der Strafzufügung als den *Hauptzweck*, und erfordern eine der Bestrafung vorausgehende gesetzliche Androhung, nur zur Rechtfertigung der Vollziehung und zur Beförderung ihres Zwecks.

Dahin gehört insbesondere die *Grolmansche* Präventionstheorie und die von *Martin* aufgestellte Selbsterhaltungstheorie.

3) Andere wollen eine *Coordination* des Zwecks der Strafdrohung und des Zwecks der Strafzufügung. Dazu gehört hauptsächlich die *Feuerbachsche* Theorie des psychologischen Zwanges, nach welcher das Strafgesetz durch die Strafdrohung abschrecken, die Strafzufügung aber die Wirksamkeit dieser Drohung begründen, und so beides vereinigt den psychologischen Zwang bilden soll.

Hiernach stimmen daher alle diese Theorien, ungeachtet ihrer sonstigen grossen Verschiedenheit, in der Aufstellung eines besonderen Zwecks für das Strafurtheil und dessen Vollziehung überein. Diese, ihnen allen gemeinschaftliche, Ansicht ist aber theils ungegründet, theils führt sie zu irrigen gefähr-

lichen Folgen hin, wie sich diess aus einer Prüfung derselben ergeben wird.

A) Die Annahme eines besonderen Zwecks für das Strafurtheil und dessen Vollziehung ist *an sich unrichtig*. Denn

1) sie widerspricht der Natur des *Strafurtheils*. Das Strafurtheil besteht in dem Ausspruche des Richters, dass in dem vorliegenden Falle sämmtliche Bedingungen der Anwendbarkeit des Strafgesetzes vorhanden seyen, und dass also den Uebertreter die verwirkte Strafe treffen müsse. Vom Standpuncte des Richters betrachtet, bezieht sich dasselbe lediglich auf eine bereits geschehene Handlung, an welche es die Strafe knüpft. Das einzelne Strafurtheil wird vom Richter nicht um eines Zweckes willen gefällt, sondern ist nur die *rechtlich nothwendige Folge* des vorausgehenden Strafgesetzes, und der geschehenen Uebertretung desselben, mithin ein reiner Act der Gerechtigkeit. Wollte man nun vielleicht sagen, der strafende Richter übe Gerechtigkeit blos um der Gerechtigkeit willen, und also sey diese der Zweck seines Strafurtheils, so würde doch hierin nur eine Tautologie liegen, und es würde dadurch der Satz, dass das Strafurtheil nicht um eines materiellen Zwecks willen gesprochen werde, nur auf eine andere Weise ausgedrückt werden.

Die Annahme eines eignen Zwecks der Bestrafung widerspricht

2) auch dem *Begriffe und Wesen der Strafe.* Denn die Strafe, in ihrer Vollziehung betrachtet, ist ein Uebel, welches wegen einer *begangenen* Uebertretung zugefügt wird. Sie verhält sich zum Verbrechen, wie die *Wirkung* zu der *Ursache.* Die Zufügung eines Uebels wegen *künftiger* Uebertretungen passt mithin nicht unter den Begriff der Strafe und des Bestrafens, man mag dabei den grammatischen, oder den rechtlichen Sinn der Strafe zum Grunde legen.

Jene Ansicht beruht ferner

3) auf einer doppelten Verwechslung.

Man verwechselt nemlich

a) den schon in dem Zweck der Strafdrohung enthaltenen Zweck des ganzen Staatsinstituts der Strafjustizpflege, mit dem Zweck der einzelnen, vom Richter zu fällenden Strafurtheile. Ausserdem

b) verwechselt man den *Zweck* der Bestrafung, mit denjenigen nützlichen *Wirkungen* und *Folgen,* welche die Zufügung der Strafe hervorbringen, oder befördern kann. So ist es z. B. gewiss, dass durch die genaue Anwendung des Strafgesetzes dessen Wirksamkeit eben so sehr erhöht wird, als durch Nichtanwendung die warnende Kraft desselben

geschwächt würde. Auch kann die Bestrafung mehr oder weniger theils auf Besserung des Sträflings, auf Sicherung gegen denselben, und auf Abschreckung Anderer wirken, theils eine Ausgleichung des, aus dem Verbrechen entsprungenen idealen Schadens hervorbringen.

Allein, diese nützlichen *Folgen* der Bestrafung sind doch *nicht* der *Zweck*, wozu der Richter das Strafurtheil fällt. Letzterer kann in der That gar nicht gefragt werden, zu welchem Zwecke er das Strafgesetz anwende, und hat, falls ihm eine solche unstatthafte Frage vorgelegt werden sollte, lediglich auf das übertretene Strafgesetz und auf seinen Beruf hinzuweisen. Die Nothwendigkeit, dem Uebertreter die verwirkte Strafe zuzuerkennen, ist keine, durch einen zu befördernden Zweck bedingte, sondern eine *unbedingte* Nothwendigkeit. Der Richter muss daher das Strafurtheil, falls nur die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit vorhanden sind, auch ohne alle Rücksicht auf jene nützlichen Folgen der Bestrafung, und selbst dann zur Anwendung bringen, wenn er überzeugt seyn sollte, dass in dem vorliegenden Falle jene wohlthätigen Wirkungen unerreichbar seyen, oder wenn er sogar nachtheilige Folgen von der strengen Vollziehung der gesetzlichen Strafe befürchten sollte.

Die Aufstellung eines eignen Zwecks für das Strafurtheil und dessen Vollziehung (für die Bestrafung) ist aber nicht nur unrichtig, sondern

B) sie führt auch zu den *nachtheiligsten Folgen*, sowohl für die Theorie, als für die Anwendung. Es wird dadurch

1) der *Standpunct des Strafrichters, auf eine gefährliche Weise, verrückt.*

Der wahre Beruf des Richters besteht in der Justizpflege, mithin in rücksichtsloser Anwendung des übertretenen Strafgesetzes. Die Fällung des Strafurtheils ist ein blosser Act der *Gerechtigkeit.* Der Richter spricht dasselbe, wenn alle Bedingungen der Anwendbarkeit des Strafgesetzes vorhanden sind, unbekümmert um die nützlichen oder schädlichen Folgen, welche dessen Vollziehung haben kann, blos weil das Strafgesetz übertreten ist.

Betrachtet man hingegen das Strafurtheil als ein *Mittel* zur Erreichung eines gewissen *Zweckes*, und verpflichtet den Richter, bei Fällung des Urtheils, diesen Zweck ins Auge zu fassen, so verliert dasselbe den Character und die Würde einer reinen Handlung der Gerechtigkeit, und verwandelt sich in eine *Maasregel der Klugheit.* Indem so der Strafrichter angewiesen wird, die Regeln des Klugen und Rathsamen bei der Rechtssprechung

zu befolgen, dürfte er hierdurch leicht und auf eine gefährliche Weise von dem Wege der strengen Gerechtigkeit abgelenkt werden, und sich insbesondere für ermächtigt halten, auf eine härtere, als die verwirkte Strafe zu erkennen, falls ihm der angebliche Zweck der Bestrafung solches nöthig zu machen schiene. Hiernächst

2) macht jene Ansicht die Aufstellung eines *allgemeinen Maasstabes* der Strafbarkeit für den Richter unmöglich. Denn wenn der Richter das Strafurtheil auf einen gewissen Zweck zu beziehen hat, so muss er auch die Strafe stets mit Rücksicht auf diesen Zweck zumessen, und daher z. B. die Besserungsfähigkeit des Thäters, oder die Wahrscheinlichkeit weiterer Uebertretungen desselben, oder das grössere Bedürfniss eines, durch die Execution zu bewirkenden Eindrucks, oder die Grösse des idealen Schadens, berücksichtigen.

Eben daher führt solches

3) zu einem *Widerspruche* zwischen der *Strafgesetzgebung* und der *Strafrechtspflege*, indem dasjenige, was im Allgemeinen vom Gesetzgeber als zweckmässig erkannt und vorgeschrieben wurde, im Einzelnen als unzweckmässig erscheinen kann. Hieraus folgt dann weiter

4) dass der, auf Zweckmässigkeit seiner Strafurtheile hingewiesene, Richter einen *allzugrossen Spielraum für sein Ermessen* erhalten, und befugt seyn würde, die Art und den Grad der gesetzlichen Strafe nach dem, von ihm zu verfolgenden Zwecke des Strafurtheils zu modificiren. Eine solche Richterwillkür würde aber um so gefährlicher seyn, je geneigter ohnediess schon die Strafgerichte sind, ihre Urtheile zugleich nach einem, von ihnen für nützlich erachteten Zwecke einzurichten.

Die Annahme eines durch das Strafurtheil zu verfolgenden Zwecks hat endlich

5) auch noch die üble Folge, dass dabei der Uebertreter *zugleich* wegen *künftiger* Verbrechen, welche von ihm selbst, oder von Andern zu befürchten sind, *gestraft wird*. Zwar hat derselbe durch das begangene Verbrechen die gesetzliche Strafe verwirkt, und das Strafurtheil ist in so weit als gerecht anzusehen. Da aber durch die Bestrafung *zugleich* künftige Verbrechen verhütet werden sollen, so müsste der Rücksicht auf künftige Verbrechen auch Einfluss auf das Strafurtheil gestattet seyn; mithin würde der Uebertreter *nicht blos* wegen des begangenen, sondern *auch* um künftiger Verbrechen willen gestraft, welches dem Begriff der

Strafe Gewalt anthut, und mit der Gerechtigkeit unvereinbar ist.

Die Aufstellung eines eignen Zwecks für das Strafurtheil und dessen Vollziehung, ist hiernach nicht nur für unrichtig, sondern auch für gefährlich zu halten.

Es bedarf übrigens keiner Bemerkung, dass der Richter berechtigt und verpflichtet ist, innerhalb der seinem Ermessen gesetzten Grenzen, bei der Wahl und Modalität der zuzuerkennenden Strafe, diejenigen nützlichen Folgen der Strafe, welche auch der Gesetzgeber, als Nebenzwecke, zu beachten hat (§. 20. B.), ins Auge zu fassen und zu befördern. So wird er z. B. wenn ihm zwischen Geldbusse und Freiheitsstrafe die Wahl gelassen ist, den wohlhabenden Frevler mit letzterer belegen, um ihm dadurch sicherer zuvorzukommen, als es durch erstere geschehen würde.

Nur dürfen diese, von der Strafe zu hoffenden Vortheile, nicht als der *Grund* und *Zweck* der Bestrafung betrachtet werden, und dürfen keine Ueberschreitung der Grenzen des richterlichen Ermessens zur Folge haben, indem nur die wirklich verdiente, und daher gerechte Strafe, dergleichen Vortheile gewähren soll.

§. 22.

C) *Rechtsgrund der Strafe.*

Auch bei der Untersuchung über den Rechtsgrund der Strafe ist die Androhung und die Zufügung derselben zu unterscheiden; in beiden Hinsichten aber auf die obige rechtliche Begründung des dem Staate gebürenden Strafrechts zu achten (Cap. I.).

I) Der Rechtsgrund der *gesetzlichen Androhung* der Strafe ergibt sich aus dem oben gelieferten Beweise der Rechtmässigkeit der Warnung der Bürger durch das Strafgesetz, und besteht theils in der *Nothwendigkeit* dieser Warnung zur Erhaltung des Rechtszustandes, theils in der völligen *Vereinbarkeit* derselben mit der rechtlichen Freiheit der Bürger.

II) Der Rechtsgrund der *Bestrafung* (der Strafzuerkennung, Strafzufügung, oder des Strafurtheils und dessen Vollstreckung) besteht in der vorausgegangenen rechtsgültigen Verkündigung der Strafe mittelst des Gesetzes, und in der geschehenen Uebertretung des Strafgesetzes. Indem der Gesetzgeber die Störungen des Rechtszustandes mit Strafen bedroht, welche den Thätern, nach vorgängiger gesetzlicher Untersuchung, durch den zuständigen Richter zuerkannt werden

sollen, liegt in der Rechtmässigkeit dieser gesetzlichen Drohung zugleich die Rechtfertigung der Bestrafung wirklicher Uebertreter. Denn ist das Gesetz im Allgemeinen rechtsgültig, so muss auch dessen richtige Anwendung auf den einzelnen Fall rechtlich begründet seyn. Das Strafurtheil besteht ja blos in einer, durch die dazu angeordnete Staatsbehörde geschehenen Subsumtion der Uebertretung unter das Strafgesetz. Das Strafurtheil wird also durch das Strafgesetz eben so gerechtfertigt, wie der Act der Strafvollstrekkung durch das vorausgehende rechtsgültige Strafurtheil. Zu Rechtfertigung beider bedarf es also weder der Aufstellung eines, durch das Strafurtheil und dessen Vollziehung zu erreichenden, weiteren Zweckes, noch eines weiteren Rechtsgrundes.

Wenn man es dennoch für nöthig hielt, einen besonderen Rechtsgrund für die Anwendung des Strafgesetzes durch den Richter aufzustellen, so hat diess wohl seinen Grund theils darin, dass man dabei zu sehr an den Act der Execution dachte, theils darin, dass man einen Zweck für das Strafurtheil aufstellte, und solches deshalb auch durch einen besonderen Rechtsgrund vertheidigen zu müssen glaubte.

Das Bestreben, eine solche unnöthige Aufgabe zu lösen, hat auch keine gute Früchte getragen, indem die Versuche, noch einen weiteren Rechtsgrund für die Bestrafung aufzustellen, als misslungen anzusehen sind. *Feuerbach* a) stellt bekanntlich zu dem Ende den Satz auf: wer das Recht habe, die Unterlassung einer Handlung zu fordern, der sey auch berechtigt, diese Handlung *durch ein Uebel zu bedingen;* willige nun der Handelnde in die solchergestalt bedingte Handlung, so willige er auch in das Uebel, als die Bedingung.

Allein in dem Rechte, die Unterlassung einer Handlung zu fordern, liegt keineswegs die Befugniss, die Begehung der Handlung *willkürlich* zu bedingen, und eben so wenig lässt sich behaupten, dass der Handelnde in jede Bedingung willige. Auch will der Strafgesetzgeber nicht die Wahl zwischen dem Thun und Lassen des Verbrechens gestatten, sondern sein Zweck ist blos auf Verhütung des Verbrechens gerichtet.

Noch unhaltbarer ist es, wenn Andere b) den Rechtsgrund der Bestrafung in die an-

a) *Ueder die Strafe als Sicherungsmittel.* S. 92 ff.

b) *Escher vier Abhandlungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft.* Zürich 1822. S. 61. Auch

gebliche, *gänzliche Rechtlosigkeit* des Uebertreters setzen. Man gründet diese auf die Behauptung, dass derjenige, welcher durch seine That das Rechtsgesetz verleugnet habe, den Schutz des von ihm selbst verletzten Gesetzes nicht anrufen könne. Allein diese Prämisse ist unrichtig. Der Mensch wird durch eine rechtswidrige Handlung der Eigenschaft eines vernünftig-sinnlichen Wesens, mithin der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit, keineswegs verlustig. Die von ihm begangene Rechtsverletzung hat *nur die* rechtliche Folge, dass er sich die entsprechende Behandlung (den Entschädigungszwang und die Bestrafung) gefallen lassen muss. Wenn daher die grosse Gefährlichkeit eines Verbrechens die Androhung lebenslänglicher Freiheitsstrafe, oder der Lebensstrafe nothwendig macht, so wird er durch deren Zuerkennung und Zufügung nicht verletzt. Aber selbst bei Vollstreckung dieser Strafen muss in dem Verbrecher noch der Mensch und der Bürger geachtet werden, und es sind auch jetzt noch die Grenzen des Rechts zu wahren.

schon *Fichte* Grundlage des Naturrechts. Th. II. S. 96. stellt den Satz auf, dass jede Vergehung vom Staatsschutz ausschliesse, und den Verbrecher vogelfrei mache.

Die Unhaltbarkeit dieser beiden Versuche, einen eignen Rechtsgrund für die Anwendung des Strafgesetzes auf den Uebertreter aufzustellen, thut übrigens dem Rechte der Strafzufügung keinen Eintrag, indem diese durch die vorausgehende rechtsgültige Verkündigung des Strafgesetzes, und die geschehene Uebertretung vollkommen gerechtfertiget wird.

§. 23.

D) *Allgemeine Erfordernisse der Strafe.*

Die durch Gesetz anzudrohende Strafe muss, als politisch-rechtliches Institut, gewisse Erfordernisse an sich tragen. Diese erhalten zwar erst durch die nachher für den Strafgesetzgeber aufzustellenden allgemeinen Grundsätze (§. 28.) ihre nähere Bestimmung. Es kann jedoch schon hier, als Ergebniss der bisherigen Untersuchungen, Folgendes darüber im Allgemeinen bemerkt werden.

1) Die Strafe muss, der *Art* und der *Grösse* nach, dem *Hauptzwecke* des Strafgesetzes entsprechen (§. 20.), und daher der bürgerlichen Strafwürdigkeit der Handlungen angemessen seyn. Sie muss

2) so weit diess ohne Beeinträchtigung des Hauptzwecks geschehen kann, zugleich möglichst geeignet seyn, um, in ihrer *Voll-*

streckung, auch nützliche *Nebenzwecke* zu befördern.

3) Die Strafen sind so zu wählen und einzurichten, dass sie *keine sonstige, vermeidliche Nachtheile* für den Staat, oder für Andere, nach sich ziehen (§. 28.).

§. 24.

III) *Verbrechen.*

Verbrechen im weiteren Sinn (*delictum*) *ist eine, durch Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung* (oder eine strafgesetzwidrige Handlung, oder die Uebertretung eines Strafgesetzes).

I) Das *wesentliche Merkmal* des Begriffs eines Verbrechens besteht in der *Strafgesetzwidrigkeit* der Handlung.

A) Hierdurch *unterscheidet* sich das Verbrechen von allen verwandten Begriffen, insbesondere von *blos unerlaubten* Handlungen, es mögen diese *unsittlich* oder *rechtswidrig* seyn, von *blos gemeinschädlichen* Handlungen, und von *blos strafwürdigen* Handlungen.

Mit letzteren wird das Verbrechen oft verwechselt. Doch sind beide wesentlich verschieden.

1) Eine *strafwürdige Handlung* ist diejenige, welche, wegen ihrer Gefährlichkeit für die Rechtsordnung, und wegen Unzulänglichkeit anderer Verhütungsmittel, dazu geeignet ist, durch Gesetz mit Strafe bedroht zu werden. Diese Eigenschaft hat aber eine Handlung entweder schon ihrer Natur und dem allgemeinen Gefühle zufolge (*natürliche* Strafwürdigkeit), und eben daher allenthalben und stets (*absolute* Strafwürdigkeit), oder nur unter besonderen empirischen Verhältnissen (*bürgerliche*, *relative* Strafwürdigkeit.)

Die Strafwürdigkeit einer Handlung enthält für den Gesetzgeber eine Aufforderung, solche mit Strafe zu bedrohen. Sie wird der Handlung nicht erst durch das Strafgesetz beigelegt, sondern geht vielmehr dem Gesetz voraus, durch welches solche nur, mittelst der wirklichen Strafandrohung, anerkannt wird. Das Strafgesetz schafft die Strafwürdigkeit nicht, sondern ist nur Ausspruch und warnende Verkündigung derselben. Es ist daher ein auffallendes Missverständniss, wenn man den Androhungstheorien den Sinn unterschiebt, als ob der Handlung erst und blos durch das Strafgesetz der Character der Strafwürdigkeit verliehen werde, und als ob der Gesetzgeber die Handlungen blos nach seiner Willkür zu Verbrechen auspräge.

2) Ein *Verbrechen* hingegen ist eine, durch Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung.

Diese Eigenschaft erhält die Handlung erst dadurch, dass der Gesetzgeber sie wirklich mit Strafe bedroht. Nun erst ist die, ihr ohnediess schon einwohnende, Strafwürdigkeit durch die Staatsgewalt anerkannt; nun ist die vorher *blos strafwürdige* Handlung, auch eine *strafgesetzwidrige*, oder ein Verbrechen; nun sind die Bürger vor Begehung einer solchen Handlung gewarnt; nun erst kann der Richter die Handlung unter das übertretene Strafgesetz subsumiren.

Die *Merkmale der Strafwürdigkeit* einer Handlung liegen *in der Natur der Handlung* und in ihrem Verhältniss zum Bestande der Rechtsordnung. Das *Merkmal des Verbrechens* ist aber ein *äusserlich hinzutretendes*, nemlich die gesetzliche Bedrohung mit Strafe, wenn diese gleich durch das Daseyn der inneren Merkmale der Strafwürdigkeit bedingt ist. Wie wenig aber diese beiden Begriffe, ungeachtet ihrer innigen wechselseitigen Beziehung, als ganz zusammenfallende, identische Begriffe anzusehen sind, davon kann man sich unter andern auch durch folgende Vergleichung überzeugen.

Eine weise und gerechte Strafgesetzgebung sollte *nur* wirklich strafwürdige Hand-

lungen, diese aber *sämmtlich* verpönen. Gegen *beides* wird aber nicht ganz selten gefehlt. Es findet sich nemlich,

a) dass manche *wirklich strafwürdige* Handlung, in diesem oder jenem Staate, *nicht mit Strafe bedroht*, und also *kein Verbrechen* ist. So waren z. B. im älteren Rom die Kindesaussetzung und die Kindesabtreibung, deren Strafwürdigkeit Niemand verkennen wird, nicht mit Strafe bedroht. So ist das Duell ohne Zweifel strafwürdig; jedoch in Frankreich gegenwärtig nicht verpönt. Eben so ist der Zinswucher, falls er nur nicht gewerbmässig betrieben wird, in Frankreich nicht mit Strafe bedroht. Beide Handlungen sind also dort keine Verbrechen. Mögen daher auch Französische Gerichtshöfe von der Strafwürdigkeit dieser Handlungen noch so lebhaft überzeugt seyn, sie dürfen solche doch nicht als Verbrechen in Untersuchung ziehen und bestrafen, weil es keine strafgesetzwidrige Handlungen sind. Es gibt aber umgekehrt

b) auch Handlungen, welche *nicht strafwürdig*, aber dennoch durch das Gesetz *mit Strafe bedroht* und also *Verbrechen* sind. So ist z. B. der Selbstmord, oder die Flucht aus der Untersuchungshaft, nicht für strafwürdig zu halten; gleichwohl ist jene Hand-

lung hin und wieder, diese aber meist mit Strafe bedroht. Auch sollen ja nach L. 5. §. 6. C. majestatis die unschuldigen Kinder der Hochverräther, so wie die Kinder der Gehülfen und selbst der Mitwisser, als Verbrecher bestraft werden, ungeachtet sie diess nicht sind. Mag nun auch der Strafrichter dergleichen Handlungen und Personen für nicht strafwürdig halten, so ist er dennoch verpflichtet, solche mit der gesetzlichen Strafe zu belegen, indem ihm kein rechtsgültiges Urtheil über die Rechtmässigkeit des, in den verfassungsmässigen Formen gegebenen Strafgesetzes zukommt.

So klar und bestimmt hiernach der Unterschied zwischen dem Begriff einer strafwürdigen Handlung und eines Verbrechens ist, so findet sich doch,

B) dass beide Begriffe entweder *nicht unterschieden*, oder positiv mit einander *verwechselt* werden, insbesondere dass der Begriff einer *strafwürdigen* Handlung dem Begriffe eines *Verbrechens untergeschoben* wird. Forscht man nach der Quelle dieser Begriffsverwirrung, so liegt solche in der Vorstellung, dass es Verbrechen gebe, welche schon nach dem Gemeingefühl der Menschen, mithin schon vor dem Staate, und vor aller positiven Strafgesetzgebung, als Verbrechen an-

zusehen seyen, welchen daher der Gesetzgeber nicht erst den Stempel von Verbrechen aufzudrücken brauche. Weil man jedoch zugleich einsah, dass sich dieses nicht von allen Arten der Verbrechen behaupten lasse, so bildete man einen Unterschied zwischen natürlichen und bürgerlichen (positivrechtlichen) Verbrechen [a]).

1) *Natürliche Verbrechen* sollen hiernach diejenigen seyn, welche schon vermöge der Vernunft, und nach dem Gemeingefühl aller Menschen, als Verbrechen betrachtet werden müssten (*Absolute Verbrechen*). Da diese, schon ihrer Natur nach, den Character von Verbrechen in sich trügen, so bedürfe es keines bürgerlichen Strafgesetzes, welches sie für Verbrechen erkläre.

Zu dieser Gattung zählt man dann die schwersten Rechtsverbrechen, z. B. Mord, Raub, Diebstahl u. s. w.

2) *Bürgerliche Verbrechen* hingegen sollen diejenigen seyn, denen, um für Verbrechen zu gelten, erst das positive Strafgesetz

a) *F. C. Th. Hepp Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswiss.* Abh. II. *F. C. Schweikart pr. de delictis poenalem legislatoris sanctionem non desiderantibus.* Regiomont. 1826. 4.

diese Eigenschaft beilegen musste (*Relative Verbrechen*).

Eine nähere Prüfung dieser Unterscheidung wird indessen zeigen, dass solche weder den oben aufgestellten Begriff von Verbrechen zweifelhaft zu machen, noch einen richtigen Begriff zu begründen vermag.

Bevor man nemlich

1) die Verbrechen in natürliche und bürgerliche Verbrechen *eintheilen* kann, ist es nöthig, den obersten *eingetheilten Begriff* zu dieser Eintheilung aufzustellen. Es widerspricht den bekanntesten Regeln der Logik, wenn man die *Gattung* (Verbrechen) in ihre *Arten* (hier in natürliche und bürgerliche V.) zerlegt, und Begriffe von letzteren gibt, ohne noch den *Gattungsbegriff* aufgestellt zu haben. Gleichwohl wird, zu Folge jener Ansicht, von der Definition der *natürlichen* Verbrechen (also eines Gliedes der Eintheilung) der Anfang gemacht, und von ihnen gesagt, es seyen solche Verbrechen, die schon ihrer Natur nach Verbrechen seyen, oder welche den allgemein erkennbaren Character eines Verbrechens an sich trügen. Fragt man aber weiter, was ein Verbrechen sey, und worin der allgemein erkennbare Character desselben bestehe? so sucht man vergeblich nach einer Beantwortung dieser Frage. Die Wahrheit

ist, dass jene Eintheilung sich zunächst *nicht* auf die *Verbrechen*, sondern auf die *strafwürdigen Handlungen* bezieht, und dass diese den *Gattungsbegriff* zu der fraglichen *Eintheilung* ausmachen.

Strafwürdige Handlungen sind nemlich solche, die, wegen ihrer Gefährlichkeit für die Rechtsordnung, und wegen der Unzulänglichkeit anderer Verhütungsmittel, dazu geeignet sind, durch Gesetz mit Strafe bedroht zu werden. Es gibt aber eine absolute und eine relative Strafwürdigkeit.

a) *Absolut strafwürdige Handlungen* sind solche, die, wegen ihrer allgemeinen und unbedingten Gefährlichkeit für die Rechtsordnung, allenthalben und stets zur Bedrohung mit Strafe geeignet sind. Sie erheischen mit einer dringenderen Nothwendigkeit die Bedrohung mit Strafen. Da schon die Vernunft und das allgemeine Gefühl der Menschen über ihre Strafwürdigkeit belehrt, so kann man sie auch *natürlich strafwürdige* Handlungen nennen. Selbst dergleichen absolut und natürlich strafwürdige Handlungen sind jedoch, vor der wirklichen Bedrohung mit Strafe, noch keine Verbrechen, weil ihnen noch das wesentliche äussere Merkmal eines Verbrechens, nemlich die *Strafgesetzwidrigkeit* fehlt. Auch sie bedürfen also eines Strafge-

setzes, das durch sie übertreten wird, und nach welchem der Richter sie zu beurtheilen hat. Man findet sie aber auch bei allen civilisirten Völkern, und zu allen Zeiten, mit Strafen bedroht, wie sie dann meist die ersten Gegenstände der beginnenden Gesetzgebung bilden. Es ist daher eine sehr grundlose Besorgniss, wenn man dem obigen Begriffe des Verbrechens den Ausruf entgegensetzt, dass hiernach ein Mord, ein Raub u. s. w. beim Mangel eines, sie mit Strafe bedrohenden Gesetzes, straflos bleiben würden. Durch eine solche Declamation wird das natürliche Rechtsgefühl nicht, auf Kosten der Wahrheit, bestochen werden, wenn man erwägt, dass diese Handlungen theils unbedingt strafwürdig, theils allenthalben verpönt, und daher allenthalben auch strafgesetzwidrige Handlungen, mithin Verbrechen sind.

b) *Relativ strafwürdige Handlungen* sind solche, die nur unter besonderen Verhältnissen (bedingt) als strafwürdig erscheinen. Zu den Verhältnissen, welche den Handlungen eine solche relative Strafwürdigkeit beilegen können, gehören vorzüglich: Eigenthümlichkeiten des Volkscharacters, Clima, Sitten, Religion, Bildungsstufe, Verkehr, Staatsverfassung, Zeitumstände, besondere Institute u. dgl. m. Daher findet man derglei-

chen Handlungen nicht in allen Ländern, und nicht zu allen Zeiten, mit Strafen bedroht. Selbst die nemliche Gesetzgebung bleibt sich bei denselben nicht gleich, indem ihre Strafwürdigkeit nicht selten auf vorübergehenden Verhältnissen beruht, bei deren Eintritt sie verpönt werden, und mit deren Verschwinden das Strafgesetz wieder aufgehoben wird, oder ausser Gebrauch kommt, wie z. B. wenn sich die, gegenwärtig in der Moldau und Wallachei grassirende Pest weiter verbreiten und daher die Gesundheitspolicei strenge Strafgesetze nöthig machen sollte [b]).

Das, was man als eine *Eintheilung* der *Verbrechen* aufstellt, ist also vielmehr eine Eintheilung der *Strafwürdigkeit*, und es fehlt

b) Diese Unterscheidung zwischen *absolut* und *relativ* (oder natürlich und bürgerlich) strafwürdigen Handlungen, kommt auch schon im Römischen Rechte, unter mancherlei Bezeichnungen vor, als: „Quaedam *natura* turpia sunt, quaedam *civiliter* et quasi more civitatis." L. 42. de V. S. — „Quod lege naturali prohibitum est admittere." L. 1. §. 3. de furtis. — „Quae habent atrocitatem facinoris vel sceleris." L. 157. de R. J. — „Res quae *sua sponte* scelerata atque nefaria est." *Cicero in Verrem* I. 42. — So unterscheiden auch die Engländer mala in se, und mala prohibita. *Birnbaum* im *N. Archiv des Crim. R.* B. XI. S. 118 f.

ihr, als Eintheilung der Verbrechen betrachtet, an einem Gattungsbegriffe.

Ausserdem

2) fehlt es auch an einem *sicheren Merkmale des Unterschieds* zwischen natürlichen und bürgerlichen Verbrechen. Das allgemeine Gefühl, auf das man sich beruft, möchte nicht geeignet seyn, alle die Handlungen bestimmt anzugeben, welche zu den s. g. natürlichen Verbrechen gehören. Jedenfalls würde man dazu mit Bestimmtheit nur die schwereren Rechtsverbrechen zählen können. Und auch deren gibt es, welche nicht allenthalben als Verbrechen betrachtet wurden. So war z. B. nach dem älteren Römischen Rechte die Kindesaussetzung und die Abtreibung der Leibesfrucht kein Verbrechen. So wurde da, wo die Sitte der Blutrache galt, ein vermöge dieser Rache verübter Mord nicht als Verbrechen betrachtet. Die fragliche Eintheilung ist aber, so wie sie aufgestellt wird, nicht blos ohne einen, ihre Glieder zu einer Gattung verknüpfenden Begriff, und ohne ein unterscheidendes Merkmal, sondern dieselbe würde auch

3) zu den nachtheiligsten *Folgen* hinführen. Wenn es nemlich für die s. g. natürlichen Verbrechen keines Strafgesetzes bedürfte, so würde dem Richter das gefährliche

Recht zukommen, Handlungen, von deren natürlicher Strafwürdigkeit er sich überzeugt hält, als natürliche Verbrechen in Untersuchung zu ziehen, und sie mit der Strafe zu belegen, welche seiner Ansicht von der Grösse ihrer Strafbarkeit entspricht [c]).

Man kann jedoch die Eintheilung in absolut und relativ *strafwürdige* Handlungen auf die *Verbrechen*, d. h. auf die *strafgesetzwidrigen* Handlungen *übertragen*, wodurch sich dann folgende Begriffe bilden.

Absolute (*natürliche*) Verbrechen sind solche Handlungen, welche, wegen ihrer allgemeinen, unbedingten Strafwürdigkeit, allenthalben und zu allen Zeiten durch Gesetz mit Strafe bedroht sind.

Relative (*bürgerliche*) Verbrechen sind solche Handlungen, die blos wegen ihrer bedingten Strafwürdigkeit, mithin auch nur wo und wann diese vorhanden und anerkannt ist, mit Strafe bedroht sind. Es gehören dahin vorzüglich die Policeiverbrechen. Und diese Unterscheidung ist auch nicht ohne Folgen, z. B. in Hinsicht der Rechtsunwissenheit, der Gesetzesanalogie, der Fortdauer des Strafgesetzes u. s. w.

c) Meine *Anmerkungen zum Hannoverschen Entwurf.* Th. II. S. 48 ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

Beiderlei Handlungen trugen aber schon vor der gesetzlichen Bedrohung mit Strafe, die Merkmale, und also die Eigenschaft der *Strafwürdigkeit* an sich, erhielten jedoch erst durch das Strafgesetz die Eigenschaft *strafgesetzwidriger* Handlungen, oder *Verbrechen.* Sieht man von diesem wesentlichen Merkmale des Begriffs eines Verbrechens ab, so kann zwar die Handlung eine unsittliche, eine rechtswidrige, eine relativ strafwürdige, selbst eine unbedingt strafwürdige Handlung seyn, aber ein Verbrechen ist sie nicht. Dazu gehört, dass der Gesetzgeber zuvor die Bürger durch wirkliche Bedrohung mit Strafe vor Begehung einer solchen Handlung warnte, und dass er dem Richter durch das Strafgesetz eine Richtschnur für die Beurtheilung derselben gab. Ohne die vorausgehende Warnung würde auch keine Bestrafung statt finden, indem sich erst aus der Fruchtlosigkeit jenes gelinderen Mittels, die Nothwendigkeit, und also die Gerechtigkeit der Bestrafung ergibt. Die blosse, nie abzuleugnende Möglichkeit, dass die Warnung, wenn sie geschehen wäre, die That verhütet haben könnte, würde genügen, um die Strafzufügung, ohne vorgängige Warnung, als ungerecht darzustellen.

II) Der Ausdruck *Verbrechen* umfasst im weiteren Sinn *alle Arten* von strafgesetz-

widrigen Handlungen, und ist also ein Gattungsname. Diess bringt schon die Wortableitung mit sich, indem bekanntlich Verbrechen aus brechen d. h. verletzen oder übertreten, entstanden ist, wie dann auch die Verbrechen in älteren Gesetzen Brüche genannt werden. Mit diesem Wortverstande, stimmt auch der rechtliche Sprachgebrauch überein, indem sowohl „Verbrechen" als „delictum" und „délit" von der ganzen Gattung gebraucht wird. In einem engeren Sinne bezieht man den Ausdruck Verbrechen und Verbrecher auf schwerere Verbrechen, und nennt dann die leichteren Verbrechen „Vergehen." Es fehlt indessen an einer sicheren Grenzlinie zwischen beiden, da sich die Unterscheidung zwischen schwereren und leichteren Verbrechen auf eine stets fortschreitende Stufenfolge der Strafbarkeit bezieht. Jedenfalls hindert aber diese schwankende engere Bedeutung nicht, die ganze Gattung mit dem allgemeinen Namen der Verbrechen zu bezeichnen. Es verhält sich damit, wie mit dem Ausdruck *Strafe*, welcher eben sowohl die leichtesten, wie die schwersten Strafarten umfasst. Es ist auch von der sprachrichtigen Allgemeinheit der Ausdrücke „Verbrechen" und „Strafe" kein Nachtheil für die bürgerliche Ehre zu besorgen, indem man denjeni-

gen, welcher sich nur eines leichten Vergehens schuldig machte, deshalb eben so wenig einen „Verbrecher, Missethäter, oder Delinquenten“ nennen wird, als man denjenigen, welcher zu einer leichten Strafe, z. B. einer geringen Geldbusse verurtheilt wurde, mit dem Namen eines „Sträflings“ belegt.

Drittes Capitel.

Allgemeine Rechtsgrundsätze.

§. 25.

I) *Höchster Grundsatz des Strafrechts.*

Das oberste Princip des Strafrechts ist der allgemeine Erkenntniss- und Bestimmungsgrund aller Grundsätze der Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Ohne ein solches Princip würde das Strafrecht keine Wissenschaft seyn; der Strafgesetzgebung würde es an einer haltbaren Grundlage, so wie der Strafjustizpflege an sicher leitenden allgemeinen Normen fehlen, und die Bürger würden einer nothwendigen Garantie gegen gefährliche Willkür des Gesetzgebers und der Gerichte ermangeln.

Aus der obigen Deduction der Strafgewalt des Staats (Cap. I.), in Vergleichung

mit den daraus abgeleiteten Grundbegriffen (Cap. II.), ergibt sich nun folgender Satz, als *höchstes Strafrechtsprincip:*

> *Jede bürgerliche Strafe ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung des Rechtszustandes bedingten, und eine, diesen Zustand gefährdende Handlung, zur Warnung Aller, mit einem Uebel bedrohenden Gesetzes.*

Unter allen einfachen Strafrechtstheorien ist es blos die *Androhungstheorie*, welche einen solchen höchsten Grundsatz an die Spitze stellt, und stellen kann. Hierin besteht gerade ihr grösster und eigenthümlichster Vorzug, und die Aufstellung, so wie die consequente Durchführung eines solchen obersten Grundsatzes, ist eins der glänzendsten Verdienste *Feuerbachs.*

Die *beiden Arten* der Androhungstheorie, nemlich die Theorie des psychischen Zwanges und die Warnungstheorie, kommen, wie diess schon die Natur zweier Arten *derselben Gattung* mit sich bringt, in allem, was dieses Princip Generisches hat, überein. Es findet sich jedoch zwischen beiden zugleich eine folgenreiche specifische Verschiedenheit. Wenn nemlich das oberste Princip seiner Bestimmung völlig entsprechen soll, so muss

in demselben auch der *Zweck des Strafgesetzes* und die *Art seiner Wirksamkeit* ausgedrückt werden, indem dieses auf die daraus abzuleitenden allgemeinen Grundsätze, und auf deren richtige Anwendung, von dem entscheidendsten Einflusse ist. Da nun, nach der Feuerbachschen Theorie, das Strafgesetz, in Verbindung mit der Strafzufügung, einen psychischen Zwang, durch Unterdrükkung der sinnlichen Triebfedern, ausüben, und solchergestalt die Bürger abschrecken, nach der Warnungstheorie hingegen, wie schon ihr Name sagt, das Strafgesetz, sämmtlichen Entstehungsgründen strafwürdiger Handlungen warnend entgegenwirken soll; so erhält das oberste Princip, vermöge des besonderen Characters dieser beiden Arten der Androhungstheorie, für *jede* derselben *eine eigenthümliche Bestimmung*. Die Erheblichkeit des hieraus hervorgehenden Unterschiedes wird sich aus der weiter unten anzustellenden Vergleichung beider Theorien ergeben (Cap. 4.).

§. 26.

II) *Abgeleitete allgemeine Grundsätze:* A) *für den Strafgesetzgeber.*

Aus dem eben aufgestellten höchsten Strafrechtsprincip fliessen die allgemeinen Grund-

sätze über die Ausübung des Strafrechts, für den Gesetzgeber (§. 26—31.), und für den Richter (§. 32.), welche die Grundlage für Theorie und Anwendung, sowohl der Strafpolitik, als der Strafrechtswissenschaft bilden.

Für den *Strafgesetzgeber* (für die Strafdrohung) ergibt sich aus dem obersten Princip folgender *allgemeiner Grundsatz: Jedes Strafgesetz ist bedingt durch die Nothwendigkeit der Strafdrohung zur Erhaltung des Rechtszustandes* (§. 10. n. 3.). Dieser Grundsatz gibt dem Gesetzgeber die ihm nothwendigen Regeln theils für die *Strafwürdigkeit* der Handlungen (§. 27.), theils für die *Art* (§. 28.), theils für die *Grösse* (§. 29.) der anzudrohenden Strafen. Es genügt hierin keineswegs die allgemeine Hinweisung auf die übereinstimmende Ansicht der Völker, auf das allgemeine Bewusstseyn, auf das, durch Erfahrung und Bedürfniss geleitete, practische Gefühl u. dgl. m., so vielen Werth auch diese Prüfsteine der Wahrheit immer haben mögen. Vielmehr bedarf es bestimmter Erkenntnissgründe und Regeln für die Wissenschaft und die Gesetzgebung. Ueber alle jene wichtigen Gegenstände ertheilt aber die Warnungstheorie genügende Belehrung. Nur muss man ihr freilich nichts weiter ansinnen, als die *Aufstellung* allgemeiner Grund-

sätze. Die *richtige Anwendung* derselben auf die unendlich mannichfaltigen, und nur durch Erfahrung erkennbaren Verhältnisse, ist natürlich nicht Sache der Strafrechtstheorie, sondern der Urtheilskraft des Gesetzgebers (§. 48.).

§. 27.

1) *Grundsatz für die Strafwürdigkeit der Handlungen.*

Nach dem Rechtsgrunde der Strafgewalt ist der Gesetzgeber nur wirklich strafwürdige Handlungen mit Strafe zu bedrohen berechtiget.

Die *Strafwürdigkeit* besteht aber in derjenigen Eigenschaft der Handlungen, vermöge welcher sie dazu geeignet sind, durch Gesetz mit Strafe bedroht zu werden. Es entsteht daher die Frage, an welchen Merkmalen diese Strafwürdigkeit sich erkennen lasse? Hierüber muss die Strafrechtstheorie den Gesetzgeber belehren, damit er beurtheilen könne, welche einzelne Arten von Handlungen diese Merkmale an sich tragen, und damit er alle, hiernach für strafbar erkannte Handlungen, aber auch nur diese, mit Strafen bedrohe. Die Strafwürdigkeit einer Handlung beruht aber auf einer doppelten Voraussetzung und wird

hiernach durch *zwei wesentliche Merkmale* bestimmt.

I) Die erste Bedingung der Strafwürdigkeit besteht darin, *dass die Handlung die Rechtsordnung gefährde.* Denn die Erhaltung des Rechtszustandes ist der Zweck des Staats, und die möglichste Verhütung aller, den Rechtszustand gefährdenden Handlungen, ist die von der Staatsgewalt zu lösende Aufgabe (§. 5.). Bei dergleichen Handlungen genügt nicht das Bestreben, ihnen im Einzelnen zu begegnen, oder den, durch sie verursachten materialen und idealen Schaden gut zu machen, sondern sie müssen, als Angriffe auf die, alle Rechte sämmtlicher Bürger sichernde Rechtsordnung, möglichst verhütet werden.

Unter den Handlungen, welche den Rechtszustand gefährden, finden sich aber mehrere Verschiedenheiten, deren Ausmittelung und Zusammenstellung den Umfang jenes ersten Merkmals der Strafwürdigkeit näher bezeichnet, und dessen richtige Anwendung erleichtert.

A) Die strafwürdigen Handlungen sind entweder *rechtswidrig*, oder *unsittlich*, oder blos *gemeinschädlich.*

1) Unter den *Rechtsverletzungen* gehören hierher nur solche, die nicht blos und ausschliesslich die Rechte Einzelner verletzen, sondern zugleich eine Störung der öffentlichen

Rechtsordnung, und in so fern eine Verletzung der Gesammtheit, enthalten. Auch diejenigen hierher gehörigen Läsionen, welche an sich nur den Einzelnen verletzen, fasst der Staat immer von Seiten ihrer Gefährlichkeit für den Rechtszustand auf, welche ihnen den Character der Strafwürdigkeit gibt.

2) Andere Handlungen sind an sich nur *unsittlich*, und daher keine Läsionen, jedoch solche unmoralische Handlungen, welche, wie z. B. die eigentlichen Unzuchtsverbrechen, die öffentliche Sitte überhaupt verletzen, mithin eine der wichtigsten Grundlagen und Stützen der Rechtsordnung untergraben, und also die Rechtsordnung selbst gefährden. Sobald eine unsittliche Handlung diese Eigenschaft an sich trägt, ist die Pflicht und das Recht des Staats, solche zu verhüten, und daher nöthigenfalls auch mit Strafe zu bedrohen, ausser Zweifel. Der Staat fasst jedoch alsdann dergleichen unsittliche Handlungen nicht von Seiten ihrer Immoralität auf, und bezweckt nicht etwa die äussere Verwirklichung des Tugendgesetzes durch Strafen, sondern er nimmt die unmoralische Handlung nur in ihrer Beziehung auf den Rechtszustand, und von Seiten ihrer Gefährlichkeit für diesen Zustand.

Es gibt endlich

3) auch *blos gemeinschädliche* (oder gefährliche) Handlungen, d. h. welche weder rechtswidrig, noch unsittlich, und daher an sich erlaubt, jedoch von gefährlichen Folgen für die Rechtsordnung sind, und also hierdurch sich als strafwürdig darstellen. So handelt z. B. der Darleiher, welcher sich durch einen freien Vertrag mit dem Schuldner 10 Procent Zinsen von einem Capital zusagen lässt, mit welchem der Schuldner vielleicht 20 Procent gewinnt, weder rechtswidrig, noch unsittlich. Allein die Gefahren, welche aus der unbegrenzten Zinsfreiheit für den Vermögenswohlstand der Bürger entstehen, stellen den Zinswucher als gemeingefährlich dar, und überzeugen den Gesetzgeber von der Nothwendigkeit, denselben durch Bedrohung mit Strafe zu verhüten.

B) Eine andere Verschiedenheit der strafwürdigen Handlungen betrifft die *Art ihrer gefährlichen Einwirkung* auf den Rechtszustand. Manche Handlungen gefährden die Rechtsordnung *unmittelbar* und direct; andere hingegen nur *mittelbar* und indirecter Weise. Letzteres gilt z. B. von den verpönten Unsittlichkeiten.

C) Die strafwürdigen Handlungen sind ferner entweder *absolut*, oder nur *relativ* gefährliche Handlungen.

1) *Absolut* gefährliche Handlungen sind solche, die, ohne alle Voraussetzung besonderer Verhältnisse, allenthalben und stets die Rechtsordnung gefährden.

2) *Relativ* gefährliche Handlungen sind solche, deren Gefährlichkeit für den Rechtszustand durch besondere Verhältnisse bedingt ist. Zu dergleichen Verhältnissen gehören, wie schon oben bemerkt wurde, vorzüglich: Eigenthümlichkeiten des Nationalcharacters, Clima, Sitten, Religion [a]), geschichtliche Entwickelung, Bildungsstufe, Verkehr, Staatsverfassung, besondere Institute, Ortsverhältnisse, Zeitumstände, und überhaupt alles, was der Naturnothwendigkeit angehört [b]). Hieraus erklärt sich die Verschiedenheit der Strafgesetzgebungen verschiedener Zeiten und Länder, deren eine dieselbe Handlung zur Bedrohung mit Strafe geeignet findet, welche von der andern nicht verpönt ist.

a) *J. H. Carp D. de religionis et poenarum necessitudine in legibus et moribus conspicua.* Amstel. 1827.

b) So sagt *L. 9. D. de extraord. crim.* „Sunt quaedam quae *more provinciarum* coërcitionem solent admittere" und erwähnt dabei des in der Provinz Arabien vorkommenden Scopelismus (eine Art gefährlicher Drohung durch Steinelegen) welcher, für so strafwürdig gehalten wird, dass selbst Todesstrafe statt findet.

II) Die andere Voraussetzung der Strafwürdigkeit besteht darin, dass die, den Rechtszustand gefährdende Handlung im Allgemeinen *nicht durch andere Mittel, als durch Bedrohung mit Strafe, verhütet werden kann.* Und in dieser Unzulänglichkeit anderer Mittel liegt nun zugleich noch ein weiterer Grund der Gefährlichkeit der Handlung.

Ohne dieses zweite Merkmal der Strafwürdigkeit, würde man alle Arten direct oder indirect gefährlicher Handlungen für strafwürdig halten können, während durch dasselbe viele Handlungen vom Begriffe der Strafwürdigkeit ausgeschlossen werden.

A) Bei manchen Handlungen ist nemlich die *Versagung einer Klage*, oder die *Nichtigkeitserklärung*, oder der *Verlust* eines, durch Beobachtung der Gesetze bedingten *Rechtes*, schon hinreichend, um die Bürger von Begehung gesetzwidriger Handlungen abzuhalten, indem hierdurch die Hoffnung des beabsichtigten Vortheils aufgehoben, oder geschwächt wird. So bedroht z. B. das Römische Recht die Glücksspiele nicht mit Strafe, sondern versagt nur die Klage auf Bezahlung des Verlusts, und gestattet die Zurückforderung des Bezahlten. So ist der Vertrag, wodurch das gesetzliche Maas übersteigende Zinsen versprochen werden, nach Französischem Rechte

nicht klagbar, und blos der gewerbmässig betriebene Zinswucher ist verpönt.

B) Bei andern Handlungen ist die *Civiljustiz* zur Handhabung der Rechtssicherheit ausreichend, indem sie den Beleidiger entweder zur Leistung des Schuldigen, oder zum Schadensersatz, und daneben zur Kostenerstattung, verurtheilt und zwingt.

C) Vieles kann zur Verhütung gefährlicher Handlungen durch *Volkserziehung* geschehen (§. 7.).

D) Manche, die Rechtsordnung gefährdende Handlungen können durch gute *Policeianstalten*, im Allgemeinen und im Einzelnen, verhütet werden (§. 8.).

Es bleiben aber

E) immer noch viele solcher für den Rechtszustand gefährlichen Handlungen übrig, zu deren Abwendung alle diese Mittel, allein gebraucht, nicht zureichend sind.

Auch durch dieses zweite Merkmal der Strafwürdigkeit wird eine Handlung entweder als *absolut*, oder als *relativ* strafwürdig dargestellt. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn bei einem Volke die Neigung zu einer gewissen Art solcher Handlungen so stark ist, dass denselben nur durch Warnung mittelst Androhung von Strafen gehörig entgegengewirkt werden kann.

Wenn nun eine Handlung diese *beiden Merkmale* der Strafwürdigkeit an sich trägt, indem sie theils die Rechtsordnung gefährdet, theils die übrigen Mittel zu deren möglichster Verhütung unzulänglich sind, dann ist sie zur Bedrohung mit Strafe geeignet, mithin *strafwürdig*.

Der hier aufgestellte *Begriff* der Strafwürdigkeit, und dessen beiden *Merkmale*, stehen fest, und sind bestimmt und klar. Die *Anwendung* derselben auf die mancherlei Arten gefährlicher Handlungen, ist Sache der Urtheilskraft. Ein Verzeichniss aller einzelnen strafwürdigen Handlungen aufzustellen, kann daher nicht die Aufgabe der Strafrechtstheorie seyn. Vielmehr muss der Gesetzgeber, durch jenen Begriff der Strafwürdigkeit geleitet, mit Hülfe der allgemeinen und besonderen Erfahrung, so wie der genauesten Kenntniss seines Volkes und seiner Zeit, beurtheilen, welche Handlungen jene beiden Merkmale der Strafwürdigkeit an sich tragen. Wird nun gleich das Ergebniss dieser Beurtheilung oft sehr verschieden ausfallen, wie solches die Vergleichung der Gesetzgebungen verschiedener Staaten und Zeiten genügend beweisst, so ist diess doch nicht als die Folge einer Unbestimmtheit der obigen Merkmale der Strafwürdigkeit, sondern vielmehr als eine

Wirkung des grossen Einflusses aller der, oben bemerkten, besonderen Verhältnisse, so wie des Mangels richtiger Grundsätze vom Wesen der Strafwürdigkeit, oder als die Folge einer unrichtigen Anwendung derselben anzusehen. Auch ist, seitdem das philosophische Strafrecht eine höhere Bildungsstufe erreicht hat, und, unter dem wohlthätigen Einflusse desselben, die bestehenden älteren Strafgesetze entweder durch den Gerichtsgebrauch modificirt, oder durch neue Strafgesetzbücher verdrängt worden sind, die Verschiedenheit der Gesetzgebungen in Hinsicht der, für strafwürdig erklärten Handlungen, nicht mehr gross; vielmehr sind sie hierin, mit wenigen Ausnahmen, sehr übereinstimmend.

§. 28.

B) *Grundsatz für die Strafarten.*

Auch bei der Wahl der, durch Gesetz anzudrohenden Strafen, muss sich der Gesetzgeber durch *Nothwendigkeit* und *Zweckmässigkeit* leiten lassen.

Beides ist aber

I) theils *absolut* zu beurtheilen, d. h. ohne Beziehung auf besondere Verhältnisse, und ohne Beziehung auf die einzelnen Arten von Verbrechen.

Hier bringt es

A) das Erforderniss der *Nothwendigkeit* mit sich, dass nur solche Strafarten gedroht werden, welche als unentbehrliches Mittel für den Zweck des Strafgesetzes anzusehen sind. Denn der Gesetzgeber will durch die gedrohte Strafe die ganze Strafwürdigkeit der Handlung aussprechen, und hierdurch Alle warnen. Er muss also eine solche Strafe wählen, welche schon durch ihre Beschaffenheit an sich, hierzu geeignet ist. Zeigt sich daher eine Strafe dergestalt als nothwendig, dass sie durch eine andere nicht ersetzt werden kann, so ist deren Androhung eben deshalb gerechtfertigt. Hiernach lässt sich daher die Rechtmässigkeit der, alle Abstufung ausschliessenden Strafen, insbesondere auch der Lebensstrafe, in so fern deren Nothwendigkeit ausgemacht ist, beurtheilen. Ergibt sich hingegen, dass eine Strafe keineswegs als unentbehrliches Mittel anzusehen ist, indem der Zweck des Strafgesetzes auch durch ein anderes, minder bedenkliches Strafübel befördert werden kann, so lässt sich deren Androhung nicht rechtfertigen. Man denke z. B. an die verstümmelnden Strafen.

B) Aus dem Erforderniss der *Zweckmässigkeit* ergeben sich folgende Regeln für die Wahl der Strafarten.

1) Es sind weder *zweckwidrige* Strafen, noch *zwecklose* Strafen zu wählen.

Zweckwidrig würden insbesondere solche Strafen seyn, welche kein Uebel enthalten, wie z. B. die, dem vagabondirenden Verbrecher angedrohte Strafe der Landesverweisung. Und für zwecklos sind, z. B. die der Lebensstrafe noch hinzugefügten Qualen zu halten, da derjenige, welcher selbst durch die Androhung des Todes sich nicht warnen lässt, auch durch die Nebenübel nicht von der That abgehalten wird.

2) Es sind nur solche Strafen zu wählen, welche, in der Androhung oder Vollziehung, *keine sonstige*, *vermeidliche* Nachtheile für den Staat, oder für den Bestraften, oder für Dritte, nach sich ziehen.

Aus diesem Grunde, sind diejenigen Strafen und Strafanstalten zu missbilligen, welche durch ihre Grausamkeit das humane Gefühl empören, oder, durch Herabwürdigung des Bestraften, das Ehrgefühl ersticken, oder den Hang zum Müssiggang nähren, oder die moralische Verwilderung befördern, oder Eigennutz des Gesetzgebers verrathen, oder dem Sträfling die Mittel einer rechtlichen Subsistenz rauben, oder solche Rechte desselben, welche ihm nicht entzogen sind, kränken, oder eine Feindseligkeit gegen die Nachbar-

staaten, denen man die Verbrecher zuschickt, enthalten. Als eine der Strafarten, welche besonders wegen der daraus entspringenden üblen Folgen nicht gebilligt werden können, ist unter andern auch der bürgerliche Tod zu betrachten [a]).

3) Die Strafarten und Strafanstalten sind, so weit dieses, ohne Hintansetzung der übrigen Ansprüche, geschehen kann, so zu wählen und einzurichten, dass durch die Strafe, in ihrer Vollstreckung, nützliche *Nebenzwecke* befördert werden können; insbesondere Besserung des Bestraften, Abhaltung desselben von weiteren Verbrechen, Sicherung gegen ihn, während der Dauer der Strafe, Abschreckung Anderer u. dgl. m. Werden gleich, was die Besserung anlangt, die Strafanstalten durch gute Einrichtung meist nur eine grössere Entsittlichung verhüten, so können doch die Sträflinge an Beschäftigung, Ordnung und Reinlichkeit gewöhnt, und hierdurch für die Folge minder gefährlich gemacht werden.

4) Es ist besonders von solchen Strafen Gebrauch zu machen, welche eine *vielfältige Abstufung zulassen.* Denn je mannichfalti-

a) Meine *Anmerkungen zum Hannov. Entwurf.* Th. I. S. 324 ff.

ger die Grade der Strafbarkeit vieler Verbrechen sind, desto zweckmässiger ist eine solche Strafart, welche dem Gesetzgeber und Richter es möglich macht, die Grösse der Strafe nach den Graden der Strafbarkeit zuzumessen. Strafen, welche jede Abstufung ausschliessen, und wobei selbst nicht durch äussere Zusätze eine Gradation hervorgebracht werden kann, sollten daher nur bei solchen Verbrechen statt finden, welche selbst, auf einer geringeren Stufe der Strafbarkeit gedacht, die Androhung einer solchen, durchaus bestimmten, Strafart nöthig machen.

Die Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit der verschiedenen Strafarten ist aber nicht blos absolut, sondern

II) auch *relativ* zu beurtheilen und zwar

A) mit Rücksicht auf die besonderen *Verhältnisse des Staats und der Zeit*, für welche das Strafgesetz bestimmt ist. Zu den, in dieser Hinsicht zu beachtenden Verhältnissen kann zunächst der Character und die Culturstufe des Volks gehören, indem diese eine grössere oder geringere Empfänglichkeit für den Eindruck der einen, oder andern Strafe mit sich bringen, oder auch einen besonderen Abscheu gegen eine gewisse Strafart erzeugen können. Ein anderes hierher gehöriges Verhältniss besteht in besonderen

bürgerlichen Einrichtungen. So kann z. B. in solchen Staaten, worin den Bürgern gewisse politische Rechte zukommen, falls sie den gehörigen Werth auf dieselben legen, die Beschränkung oder Entziehung dieser Rechte als eine zweckmässige Strafe gebraucht werden. Auch Ortsverhältnisse sind nicht selten zu berücksichtigen. So kann z. B. der Staat, welcher keine Colonien hat, von der Strafe der Deportation keinen Gebrauch machen, falls nicht Staatsverträge ihm solches gestatten. Hingegen der Kostenaufwand, welchen die Errichtung und Unterhaltung zweckmässiger Strafanstalten nöthig macht, kann nicht in Betrachtung kommen, da dergleichen Anstalten, so wie überhaupt eine gute Strafgesetzgebung und Strafjustizpflege, zu den ersten und dringendsten Staatsbedürfnissen gehören.

Ausserdem ist bei der Wahl der Strafarten

B) auch auf die besondere Natur der damit zu bedrohenden *Arten der Verbrechen* Rücksicht zu nehmen. Zwar ist es nach der Natur der Dinge ganz unmöglich, für jede Art von Verbrechen, eine gewisse, ausschliesslich und nothwendig dafür anzudrohende Strafgattung oder Strafart zu bestimmen. Allein es findet sich doch nicht selten zwischen einem gewissen Verbrechen, und

einer gewissen Strafart, ein natürlicher Zusammenhang, welcher es rathsam, oder selbst nothwendig machen kann, jenes Verbrechen mit dieser Strafe zu bedrohen. Ein solcher Zusammenhang kann zunächst in der, aus dem Rechtsgefühl entspringenden, jedoch in den gehörigen Grenzen zu haltenden Idee der Nothwendigkeit, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, liegen, wie sich diess besonders hinsichtlich der Todesstrafe des Mörders zeigt. Eine andere Beziehung ist die, nach welcher eine gewisse Strafart gerade der besonderen Quelle eines gewissen Verbrechens kräftiger entgegenzuwirken vermag, und daher als eine Strafe im Geiste des Verbrechens zu betrachten ist.

Wenn der, mit genauer Kenntniss seines Volkes, und mit reicher Erfahrung ausgestattete Gesetzgeber, sich durch die bisher aufgestellten Gesichtspuncte bei der Wahl der anzudrohenden Strafen sowohl überhaupt, als in Hinsicht der einzelnen Verbrechen, leiten lässt, so wird seine Gesetzgebung auch in dieser Beziehung den Regeln des Rechts und der Klugheit entsprechen.

§. 29.

3) *Grundsatz für das Strafmaas:* a) *von dem Strafmaas überhaupt und an sich.*

Eine der wichtigsten Aufgaben des philosophischen Strafrechts besteht in Aufstellung eines richtigen allgemeinen *Maasstabes* für die Bestrafung der Verbrechen. Bei den Versuchen diese Aufgabe zu lösen, zeigt sich ganz vorzüglich der grosse Einfluss der verschiedenen Strafrechtstheorien, und daher die Nothwendigkeit, dass der Strafgesetzgebung eine bestimmte, klar aufgefasste Theorie zum Grunde gelegt werde.

Um nun dasjenige, was die Warnungstheorie in dieser Hinsicht leistet, gehörig würdigen zu können, ist es nöthig, deren Ergebnisse zunächst an sich betrachtet aufzustellen (§. 29.), dann solche mit den Resultaten anderer Theorien zu vergleichen (§. 30.), und hierauf einige Regeln für die richtige Anwendung des gegebenen Strafmaases hinzuzufügen (§. 31.).

I) Vermöge des Rechtsgrundes der Strafgewalt, besteht der *Grund* der Strafwürdigkeit in der Gefährlichkeit einer Handlung für die Rechtsordnung, verbunden mit der Unzulänglichkeit anderer Mittel, zu deren möglichster Verhütung (§. 24.). Da nun der *Grad* der

Strafwürdigkeit nach dem *Grunde* derselben beurtheilt werden muss, so ist eine Handlung um so strafwürdiger, je gefährlicher sie für den Rechtszustand ist. Der *allgemeine Grundsatz* für die *Stufen der Strafbarkeit*, oder der *allgemeine Maasstab* für die *Grösse* der Verbrechen, besteht also in der grösseren oder geringeren *Gefährlichkeit* derselben für die Rechtsordnung.

II) Bei Beurtheilung der Gefährlichkeit eines Verbrechens ist aber

A) zunächst auf die *Handlung an sich* (auf die *That*) Rücksicht zu nehmen. (*Objective* Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit, *objectiver Maasstab*). Sodann ist

B) die Gefährlichkeit des handelnden *Subjects* (des *Thäters*), zu beachten. (*Subjective* Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit, *subjectiver Maasstab*).

Beide Arten des Maasstabes der Strafbarkeit hat natürlich der Gesetzgeber, von welchem allein hier zunächst die Rede ist, *in abstracto* zu gebrauchen, und kann solche daher auch nur in so fern anwenden, als sich objective und subjective Gefährlichkeit der verschiedenen Verbrechen *im Allgemeinen* erkennen lässt. Man darf eben daher die *subjective* Strafbarkeit, nicht, wie oft geschieht, mit der *individuellen* Strafbarkeit verwechseln.

Ist nun gleich die That ein Ganzes, und steht gleich das Objective und das Subjective in der genauesten Wechselbeziehung, so bietet doch jedes besondere Gesichtspuncte der Gefährlichkeit dar, weshalb beides in der Idee abzusondern ist.

Jeder dieser beiden Erkenntnissgründe ist daher zunächst *für sich* zu berücksichtigen, worauf sodann deren Ergebnisse *verbunden und gegeneinander abgewogen* werden müssen, um dadurch eine richtige und erschöpfende Vorstellung von dem Grade der Gefährlichkeit einer strafwürdigen Handlung zu erlangen.

Da nun, nach der Warnungstheorie, der Gesetzgeber seine, durch dieses Verfahren begründete, Vorstellung von der Grösse der bürgerlichen Strafwürdigkeit eines Verbrechens, mittelst Androhung eines, dieser Vorstellung entsprechenden Uebels, durch das Strafgesetz aussprechen, und durch diese Warnung Verbrechen verhüten soll; so ergibt sich hieraus, dass der Maasstab der Strafwürdigkeit der Handlungen zugleich den Maasstab für die Grösse der anzudrohenden Strafe bestimmt, dass mithin beide Maasstäbe vereinigt die Grundlage der Strafgesetzgebung hinsichtlich des Strafmaases ausmachen.

Die *Warnungstheorie* stellt also für das *Strafmaas* folgenden *Grundsatz* auf:

Der Gesetzgeber hat vor allen Dingen den Grad der Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit einer Handlung, nach dem dieselbe bestimmenden objectiven und subjectiven Maasstabe, auszumitteln, und dann eine, diesem Grad der Strafwürdigkeit entsprechende Strafe anzudrohen.

Das Strafgesetz, in seiner Richtung auf das Volk, ist daher der Ausdruck der Vorstellung des Gesetzgebers von dem Grade der bürgerlichen Strafwürdigkeit einer Handlung, durch deren Bedrohung mit einer, hiernach zugemessenen, Strafe. Der Gesetzgeber verkündigt diese Strafe, um dadurch die Bürger vor Begehung solcher Handlungen zu warnen, d. h. den verschiedenen Entstehungsgründen der Verbrechen entgegenzuwirken (§. 12.).

Die einzelnen Erkenntnissgründe der objectiven und subjectiven Strafbarkeit der Verbrechen können hier, wo es nur der Aufstellung allgemeiner Grundsätze gilt, keine Stelle erhalten. Ich beziehe mich deshalb auf mein *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft* §. **73—92.**, wo sich eine vollständige und geordnete Zusammenstellung derselben findet. Es sind der dabei zu nehmenden Rücksichten so viele und mannichfaltige, und die vereinte

Beachtung derselben ist so schwer, dass es keinem menschlichen Gesetzgeber verliehen ist, jede Stufe der Strafwürdigkeit mit einer ganz entsprechenden Strafe zu bedrohen, und solchergestalt beides völlig auszugleichen.

Allein der hier aufgestellte allgemeine Grundsatz für das Strafmaas, in Verbindung mit den Regeln über die Strafarten (§. 28.), und über Anwendung jenes Maases (§. 31.), geben ihm doch eine sichere Basis für die gerechte Zumessung der Strafen.

§. 30.

b) *In Vergleichung mit anderen Theorien.*

Vergleicht man nun, in Hinsicht des Maasstabes der Strafbarkeit, die *Warnungstheorie* mit den *übrigen Verhütungstheorien* [a]), so ergibt sich zwischen beiden ein sehr *wesentlicher Unterschied.*

A) *Alle übrige Verhütungstheorien* beziehen die Strafe auf den von ihnen aufgestellten *Zweck*, dergestalt als *Mittel*, dass die Strafe stets dem zu erreichenden Zweck

a) Nur von diesen, welche zusammen eine ganze Gattung der relativen Theorien bilden, ist hier die Rede. Der Maasstab der Strafbarkeit, welchen die Wiedervergeltungs- und die Vergütungstheorien geben, wird unten (§. 55 u. 57) als mangelhaft dargestellt werden.

accommodirt werden muss, und dass also das Maas der gedrohten Strafe in diesem Verhältniss allein den Grund seiner Rechtfertigung hat. Alle diese Theorien müssen daher, Folgerichtigkeit vorausgesetzt, *die Grösse der anzudrohenden Strafe nur nach dem Strafzwecke ausmessen.* So würde also insbesondere

1) die *Besserungstheorie* die Strafe nach der grösseren oder geringeren Besserungsfähigkeit jedes einzelnen Verbrechers zumessen, mithin theils keinen allgemeinen Maasstab aufstellen, theils nur die subjective Strafbarkeit berücksichtigen. Auch würde die Dauer der Strafe, je nachdem die bezweckte Besserung erfolgte, oder nicht, abzukürzen, oder zu verlängern seyn.

2) Die *Präventionstheorie* muss, bei Bestimmung der Strafe, auf den Grad der Wahrscheinlichkeit weiterer Verbrechen von Seiten desselben Uebertreters achten. Da es hiernach auf die Individualität des Thäters ankommt, so kann auch diese Theorie theils keinen allgemeinen Maasstab geben, theils wird bei ihr gleichfalls nur die subjective Strafbarkeit zu beachten seyn.

3) Da die Theorie der *unmittelbaren Abschreckung* durch die Execution abschrekken will, so müsste sie consequenter Weise

die Leiden des Sträflings möglichst vergrössern, um desto tieferen Eindruck auf die Menge zu machen.

4) Nach der *Feuerbachschen Theorie des psychischen Zwanges* sollen durch die Strafdrohung die sinnlichen Triebfedern zu Verbrechen niedergedrückt werden. Diese Theorie muss daher, folgerichtig, die Grösse des, zur Erreichung jenes Zwecks nothwendigen Uebels blos nach der Stärke der, dadurch zu unterdrückenden sinnlichen Triebfeder, ausmessen. Dieser Grundsatz für das Strafmaas ist aber nicht zu billigen. Es wird dabei zunächst der *objective* Maasstab *nicht* gehörig beachtet. Zwar liegt in der grösseren objectiven Strafbarkeit eines Verbrechens meist zugleich ein Beweis der grösseren subjectiven Strafbarkeit. Allein dann wird doch die objective Strafbarkeit nicht an sich, und auch nicht in allen Hinsichten, sondern blos als Ein Erkenntnissgrund der subjectiven Strafbarkeit beachtet (§. 37.). Ausserdem führt jenes Princip für das Strafmaas zu *übertriebener Strenge* der Strafgesetze, indem die grosse Stärke der sinnlichen Triebfedern, selbst bei objectiv geringeren Verbrechen, eine starke Gegenkraft in Anspruch nimmt. Endlich wird das, auf diesem Grundsatz beruhende Strafgesetz, als Norm für den Richter betrachtet, diesem

keinen Maasstab für Zumessung unbestimmt angedrohter Strafen geben, da von Unterdrükkung des sinnlichen Antriebes zum Verbrechen, wenn dieses bereits begangen ist, nicht die Rede seyn kann [b]).

So zeigt sich es also, dass alle andere Verhütungstheorien durch die consequente Bestimmung des Strafmaases nach dem Strafzweck, zur Aufstellung eines unrichtigen Maasstabes der Strafbarkeit hingeleitet werden.

B) Ganz anders verhält es sich hingegen mit der *Warnungstheorie.*

Dieser Theorie zufolge will der Strafgesetzgeber die Bürger vor Begehung unerlaubter Handlungen warnen. Zu dem Ende hält er ihnen das Bild der Strafwürdigkeit der Handlungen vor, indem er diese mit einer, jener entsprechenden Strafe bedroht. Der Gesetzgeber entlehnt also seine Vorstellung von dem Grade der Strafwürdigkeit einer Handlung nicht *von dem Zwecke der Strafdrohung, und accommodirt die Strafe nicht diesem Zwecke*, vielmehr nimmt er, dem Grunde des Strafrechtes gemäs, den Grad der Gefährlichkeit der Handlung für den Rechtszustand, zum alleinigen Maasstabe der

b) Meine *Abhandlung im N. Archiv des Criminalrechts.* B. IX. S. 449—453.

Strafbarkeit. Geleitet durch die oben aufgestellten Principien, untersucht und beurtheilt der Strafgesetzgeber zunächst die Stufe der Strafwürdigkeit der Handlung, und drückt dann seine hierdurch begründete Ansicht von der Grösse des Verbrechens, durch die Androhung eines, dieser Grösse entsprechenden Uebels aus. Indem er so eine, der Strafwürdigkeit angemessene Strafe droht, befördert er seinen Zweck, den Entstehungsgründen der Verbrechen durch die gesetzliche Warnung entgegenzuwirken. Diesen Zweck kann er nicht auf eine angemessenere und wirksamere Weise verfolgen, als indem er das Strafmaas von der Stufe der bürgerlichen Strafwürdigkeit der Handlungen entlehnt. Er bildet auf diese Weise seine Vorstellung von der Grösse des Verbrechens und des, derselben entsprechenden Strafübels *unabhängig von dem Zweck des Strafgesetzes*, und verkündigt dann das, solchergestalt Ausgemittelte, zum Zweck der Warnung Aller.

Dieser, von der Warnungstheorie aufgestellte Maasstab der Strafbarkeit, fliesst nicht nur mit *strenger Folgerichtigkeit* aus dem, von jener Theorie aufgestellten *Rechtsgrund der Strafe*, sondern es vereinigen sich in ihm ausserdem auch noch folgende Vorzüge.

1) Die Unabhängigkeit der Strafbestimmung von dem Strafzwecke, hält den Gesetzgeber von derjenigen *Einseitigkeit frei*, welche eine unvermeidliche Folge der Ausmessung der Strafe nach dem Strafzwecke ist, und erlaubt ihm, sämmtliche, die Strafbarkeit eines Verbrechens bestimmende Momente *vereinigt*, und *in gehöriger Maase*, zu berücksichtigen [c]). Und hierin gerade besteht ein ganz eigenthümlicher, grosser Vorzug der Warnungstheorie vor allen übrigen relativen Straftheorien.

Daneben macht es jener Grundsatz dem Gesetzgeber möglich, dem Richter den erforderlichen Spielraum für sein vernünftiges Ermessen zu gestatten, indem es, für den Zweck der Warnung, keiner durchgängigen genauen Bestimmung der gesetzlichen Strafe bedarf, und da er den Richter auf den allgemeinen Maasstab der Strafbarkeit hinweisen kann.

Dieser Maasstab ist nemlich, worin ein weiterer Vorzug desselben besteht,

2) auch für den *Richter brauchbar*. Denn so wie der Gesetzgeber die Strafe in

c) Hiernach ist dasjenige zu berichtigen, was in meinem Lehrbuche §. 20. II. gesagt ist, wie sich auch schon aus §. 73. 74. ergiebt.

abstracto nach der objectiven und subjectiven Gefährlichkeit des Verbrechens zumisst, so kann auch der Richter die, seinem Ermessen überlassene Strafbestimmung, nach der Gefährlichkeit des Verbrechens in concreto ausmessen. Endlich

3) führt jene Unabhängigkeit des Strafgesetzgebers von der beengenden Berechnung des Strafmaases nach einem, dadurch zu erreichenden Zwecke, noch zu einer anderen wichtigen Folge hin, indem nemlich die gesetzliche Strafe dadurch zugleich den Character von etwas *Absolutem* erhält. Denn wenn gleich die Strafe durch das Gesetz zum Zweck der Warnung aller Bürger vor Verbrechen angedroht wird, mithin in so fern etwas *Relatives*, d. h. auf einen gewissen Zweck Bezügliches ist, so wird doch das *Strafmaas* blos nach der Strafwürdigkeit der Handlung an sich, mithin in so fern absolut, d. h. unabhängig von dem Zweck der Strafdrohung, ausgemittelt, und dann das solchergestalt Ausgemittelte nur, zum Zweck der Warnung Aller, durch das Gesetz verkündigt. Zugleich entspricht eine solche Strafgesetzgebung, welche das Strafmaas blos von der Strafwürdigkeit, und nicht von besonderen Zwecken entnimmt, weit mehr den Anforderungen der *Gerechtigkeit*,

Trifft dann den Uebertreter, welcher sich nicht hat warnen lassen, die gesetzliche Strafe, so hat solche, in ihrer Vollstreckung, zugleich die Natur einer angemessenen Vergeltung und Abbüssung der strafwürdigen That, und es drückt sich darin mehr die Idee der Gerechtigkeit aus, welche nicht blos verlangt, dass die Strafdrohung aus Nothwendigkeit hervorgehe, sondern auch dass den Thäter ein, dem Grade der Strafwürdigkeit seines Verbrechens möglichst angemessenes, Uebel treffe.

Hierdurch erhält also die Warnungstheorie zwar einige Verwandtschaft mit der Theorie der rechtlichen und formalen Wiedervergeltung, indem sie mit letzterer in diesem Anspruch und also gerade in demjenigen übereintrifft, was wohl allein Wahres an derselben seyn dürfte. Diese Aehnlichkeit beschränkt sich jedoch lediglich auf jenen Gesichtspunct, während übrigens beide Theorien wesentlich verschieden bleiben, indem unter andern die Wiedervergeltungstheorie gar keinen Strafzweck annimmt, kein der Bestrafung vorausgehendes Strafgesetz erfordert, und den Maasstab der Vergeltung nicht von dem Grade der objectiven und subjectiven Strafwürdigkeit des Verbrechens, sondern entweder von der Natur und Grösse des durch

dasselbe bewirkten, und durch die Strafe auszugleichenden Uebels, oder von dem Grade der moralischen Verschuldung entlehnt (§. 53-55.). Die gedachte Aehnlichkeit, verbunden mit dem Satze, dass das Strafurtheil nicht um eines besonderen Zwecks willen gefällt wird (§. 21.), möchte jedoch leicht die Folge haben, dass die Vertheidiger der Wiedervergeltungstheorien sich deshalb mit der Warnungstheorie leichter aussöhnen werden.

§. 31.

c) *Regeln für die Anwendung des Strafmaases.*

Für den gehörigen Gebrauch, welchen der Gesetzgeber von dem oben aufgestellten Strafmaase zu machen hat, lassen sich einige allgemeine Regeln aufstellen.

I) *Beide Arten* des Strafmaases, der *objective* und *subjective Maasstab*, sind von dem Strafgesetzgeber *vereinigt* anzuwenden. Zu dem Ende ist es nöthig,

A) zunächst jede der beiden Arten des Strafmaases *für sich* zu gebrauchen. Zwar bildet, wie schon oben bemerkt wurde, die That, mit allen ihren Umständen, ein *Ganzes*. Auch stehen das Objective und das Subjective untereinander in der genauesten *Wechselbeziehung*, und die Strafe eines Verbre-

chens muss nach der *Totalität* seiner Strafbarkeit berechnet und bestimmt werden. Allein diess hindert nicht, beide Momente in der Abstraction abzusondern, und jedes derselben für sich zu erwägen. Auch besteht ja der Totalblick, auf welchen Manche den Gesetzgeber bei der Strafzumessung hinweisen, in dem Zusammenfassen aller einzelnen, die Strafbarkeit bestimmenden Rücksichten, und ist also nur unter Voraussetzung einer klaren und bestimmten Vorstellung von letzteren, möglich.

Wenn so die Strafbarkeit eines Verbrechens nach jedem dieser beiden Gesichtspuncte, an und für sich betrachtet, untersucht worden ist, so müssen

B) alsdann die Ergebnisse *beider* Untersuchungen mit einander *verglichen*, und gegen einander *abgewogen* werden, um hierdurch eine richtige und erschöpfende Vorstellung von dem Grade der Strafwürdigkeit eines Verbrechens zu erlangen.

Das *gegenseitige Verhältniss* der *objectiven* und *subjectiven* Strafbarkeit, und der verschiedene *Einfluss*, welcher beiden auf die Strafgesetzgebung zukommt, bestimmt sich aber hauptsächlich nach folgenden Rücksichten:

1) Der *objective Maasstab* der Strafbarkeit ist der *erste*, und in der Regel auch der *wichtigste*. Denn die, im Verbrechen liegende äussere Thätigkeit, der Gegenstand des Verbrechens, und der Erfolg der That, sind theils der nächste und hauptsächlichste Grund der Strafwürdigkeit einer Handlung, theils unterscheiden sich hiernach vorzüglich die verschiedenen Gattungen und Arten der Verbrechen, theils lässt sich auch die objective Strafbarkeit schon in abstracto am vollständigsten erkennen und beurtheilen.

2) Der *subjective Maasstab* der Strafbarkeit nimmt hingegen erst die zweite Stelle ein, und ist *in der Regel* von *geringerem Einfluss* auf die gesetzliche Strafbestimmung. Denn einestheils wird die, durch den objectiven Maasstab bestimmte Strafbarkeit eines Verbrechens, durch subjective Rücksichten meist nur, mehr oder weniger, modificirt werden, anderntheils liegt in der höheren Schätzung der objectiven Grösse eines Verbrechens zugleich schon eine mittelbare Beachtung der grösseren subjectiven Gefährlichkeit desjenigen Menschen, welcher ein so schweres Verbrechen begehen konnte. Auch kann der Gesetzgeber die Momente der subjectiven Strafbarkeit nicht immer und sämmtlich schon in abstracto dergestalt beachten,

dass er, wie z. B. beim Kindesmorde, besondere Strafbestimmungen daran knüpft. Gewöhnlich wird er daher die Berücksichtigung der subjectiven Strafbarkeit dem Richter, ausdrücklich oder stillschweigend, zu dem Ende, anheimgeben, dass letzterer diejenigen Gründe, welche die Strafbarkeit erhöhen oder mindern, bei Anwendung ganz bestimmter Strafgesetze, als Schärfungsursachen (z. B. den Rückfall), oder als Milderungsursachen, und, bei Anwendung ganz oder zum Theil unbestimmter Strafgesetze, als Strafzumessungsgründe, in concreto beachten soll.

Diese Regel leidet jedoch *Ausnahmen*, indem die Strafbarkeit mancher Verbrechen *hauptsächlich* durch Rücksichten der *subjectiven* Gefährlichkeit bestimmt wird, so dass bei denselben der subjective Maasstab vorherrscht.

Dahin gehören besonders

a) diejenigen Verbrechen, zu deren *Begriff* und Thatbestand gewisse *subjective Erfordernisse* gehören (subjectiver Thatbestand), bei deren Ermangelung also die Handlung an sich entweder ganz aufhört, ein Verbrechen zu seyn (z. B. Dolus bei allen Verbrechen, welche nicht als culpose Delicte begangen werden können), oder doch in ein anderes geringeres Verbrechen übergeht (z. B. bei

der Entwendung, die Absicht, sich die fremde Sache zuzueignen).

b) Eine andere Ausnahme von der obigen Regel bilden diejenigen Verbrechen, welche nicht nur als *vorsätzliche*, sondern auch als *fahrlässige* Uebertretungen des Strafgesetzes vorkommen können. Hierbei hat dieser, blos die subjective Strafbarkeit betreffende Unterschied, den grossen Einfluss, dass das vorsätzliche Verbrechen mit einer weit härteren Strafe, als das culpose Verbrechen, zu bedrohen ist. Man denke nur z. B. an die culpose Tödtung und Körperverletzung, an die Feuerverwahrlosung u. s. w. Wollte man auch hierbei die objective Gefährlichkeit vorwalten lassen, so würden dergleichen Handlungen, da der aus ihnen entspringende Schaden eben so gross ist, wie bei denselben, aus Vorsatz begangenen, Verbrechen, mit unverhältnissmässiger Härte bestraft werden müssen [a]). Vielmehr muss hierbei der subjective Maasstab der überwiegende seyn. Nur darf man freilich diesem Uebergewichte nicht etwa den Einfluss gestatten, dass die objective Gefährlichkeit der Handlung ausser Acht gelassen, und das culpose Verbrechen mit

a) Wie z. B. *Kleinschrod* im *N. Archiv.* B. VI. S. 45 ff. annimmt.

allzugrosser Milde verpönt wird [b]). Eine solche einseitige Beachtung der subjectiven Strafbarkeit würde eben so wenig zu billigen seyn, wie diejenigen Gesetze, welche dem, doch auch blos die subjective Strafbarkeit erhöhenden Rückfalle, das grosse Uebergewicht über die objective Strafbarkeit des neuen Verbrechens beilegen, dass sie besondere, harte Rückfallsstrafen drohen.

Da übrigens die Gefährlichkeit der Verbrechen nicht blos absolut, sondern auch relativ, d. h. mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse eines bestimmten Staates, zu beurtheilen ist (§. 27. I. C.), so kann es kommen, dass bei demselben Verbrechen in einem Lande der objective, im andern aber der subjective Maasstab vorzüglich beachtet wird. So muss z. B. der Gesetzgeber eines Volkes, in welchem die Begriffe und Standesmeinungen von Ehre, aus denen der Zweikampf entspringt, eingewurzelt sind, der Rücksicht auf die, hierdurch sehr verminderte, subjective Strafbarkeit, das Uebergewicht einräumen, und daher dieses Verbrechen, selbst wenn es Tödung oder Körperverletzung zur Folge hatte, mit weit gelinderen Strafen be-

b) Meine *Anmerkungen zum Hannoverschen Entwurf.* Th. I. S. 454 ff.

drohen, als die objective Schädlichkeit desselben mit sich bringen würde.

II) Bei Anwendung des gedachten Maasstabes der Strafbarkeit, darf sich der Gesetzgeber nicht durch den Wahn, als ob mittelst Androhung recht harter Strafen, die beabsichtigte Warnung um so wirksamer gemacht werde, verleiten lassen, *allzuharte Strafen zu drohen.* Denn hierdurch würde er sich nicht nur von dem richtigen Maasstabe entfernen, sondern auch die Regeln der Klugheit, und die Erfahrung aus den Augen setzen. Letztere stellen jenen Wahn, so sehr er auch noch immer verbreitet seyn mag, als irrig dar, und stimmen in dem Ergebnisse überein, dass unverhältnissmässig strenge Strafgesetze, nicht genau und gleichförmig angewendet werden, und hierdurch vielmehr einen grossen Theil ihrer Wirksamkeit verlieren. Denn theils wird der Fürst häufig die gesetzliche Strafe aus Gnade mildern (wie diess z. B. in den Ländern, wo harte Duellgesetze bestehen, täglich vorkommt); theils werden die Richter geneigt seyn, das zu strenge Strafgesetz, durch Beachtung unächter und unwichtiger Milderungsgründe, zu umgehen (wie z. B. die Geschwornen zum Lossprechen um so geneigter sind, je härter das Gesetz ist, und sich wohl gar die Macht-

vollkommenheit beilegen, das Nichtschuldig, blos wegen zu grosser Härte des Gesetzes, auszusprechen); theils endlich werden die Bürger sich zur Anzeige solcher Verbrechen und zum Zeugnisse nicht bereit finden lassen. Aus allen diesen Gründen vermögen sich zu strenge Strafgesetze nicht gegen die öffentliche Meinung zu behaupten. Entsprechen hingegen die Gesetze dem wahren Grade der Gefährlichkeit der Verbrechen, und neigen sie sich mehr zur Milde, so werden sie viel genauer, sicherer und schleuniger zur Anwendung gebracht, hierdurch aber ihre Wirksamkeit um so viel mehr befördert [c]).

Schon aus diesem Grunde, sollte also der Gesetzgeber im Zweifel eher eine mildere, als eine härtere Strafe drohen. Er muss aber ausserdem noch erwägen, dass durch die Strafe meist die unschätzbarsten Güter des Menschen vernichtet oder geschmälert werden, so wie dass der allgemeine Maasstab der Strafbarkeit nur bei wenigen Verbrechen die Natur und Grösse der anzudrohenden Strafe bestimmt als nothwendig nachweisst.

Wendet man diese Bemerkungen insbesondere auf die Freiheitsstrafen, als die jetzt

c) C. S. *Zachariä über die Statistik der Strafgerechtigkeitspflege.* Heidelb. 1820. S. 29.

am häufigsten gebrauchte Strafart an, so würden bei einer strengen Gesetzgebung, sehr lange dauernde Freiheitsstrafen gedroht, und dadurch die bekannten Nachtheile herbeigeführt werden, welche aus der langen Dauer der Freiheitsberaubung, sowohl für den Staat, als für den Sträfling, und für dessen Angehörige folgen.

III) Der Grundsatz der *Verhältnissmässigkeit* der anzudrohenden Strafen, und die auch hierin sich aussprechende Idee der Gerechtigkeit, muss in zwiefacher Hinsicht beachtet werden:

A) Zunächst ist der Grad der Strafwürdigkeit eines *jeden Verbrechens*, *für sich betrachtet*, nach dem obigen Maasstabe auszumitteln, und hiernach demselben die entsprechende Strafe zuzumessen. Da jedoch dasselbe Verbrechen meist mehrere Arten und Unterarten hat, welche auf verschiedenen Stufen der Strafbarkeit stehen; so muss der Gesetzgeber diese Arten, so weit sich solche schon im Allgemeinen durch bestimmte Merkmale bezeichnen lassen, unterscheiden, und jede derselben mit einer, ihrer grösseren oder geringeren Strafwürdigkeit angemessenen, Strafe bedrohen.

Gegen diese Regel ist in älteren und neueren Strafgesetzen sehr gefehlt worden. So

wurden nach Römischem Rechte nicht selten alle Arten eines Verbrechens mit der, in einem gewissen Comitialgesetz für die ganze Gattung angedrohten Strafe, belegt. So bedroht die Carolina die Brandstiftung, den Raub, die Verfertigung falscher Münzen u. s. w. ganz allgemein mit Todesstrafe, ohne die mancherlei Arten und Grade dieser Verbrechen zu unterscheiden. Aber auch neuere Gesetzgeber haben, aus übertriebenem Streben nach möglichster Vereinfachung der Strafgesetze, welche eine Feindin der Gerechtigkeit ist, gegen jene Regel gefehlt.

B) Sodann muss auch zwischen den Strafen für die *verschiedenen Gattungen der Verbrechen* Verhältnissmässigkeit herrschen.

Die Gerechtigkeit fordert, dass die Strafe für alle Verbrechen nach dem nemlichen Maasstabe ausgemessen werde, und dass der Grad der Strenge oder Milde, welcher in dem Strafgesetzbuche herrscht, sich über sämmtliche Verbrechen möglichst gleichmässig verbreite. Das Gegentheil verstösst gegen den allgemeinen Grundsatz für das Strafmaas, und verwundet das Rechtsgefühl. Auch sind eigentliche Ausnahmsverbrechen ein wahrer Schandfleck der Strafgesetzgebung. (Man denke z. B. nur an das grausame Französische Sacrilegiengesetz). Es ist hierin mit

dem Gesetzgeber, wie mit dem Richter. Wenn dieser mehrere, auf verschiedenen Stufen der Strafbarkeit stehende Theilnehmer desselben Verbrechens, zu bestrafen hat, so wird er, bei der Strafzumessung, in so weit sein Ermessen nicht gebunden ist, sein Augenmerk vorzüglich auch mit auf Proportion der Strafen für die verschiedenen Theilnehmer richten. Eine Verletzung dieser verhältnissmässigen Gleichheit pflegt dem öffentlichen Tadel nicht zu entgehen.

IV) Bei Bestimmung des Strafmaases für die einzelnen Verbrechen, muss der Gesetzgeber zugleich dahin sehen, dass das *richterliche Ermessen*, in Hinsicht der Zumessung der verwirkten Strafe, auf der einen Seite, durch die gesetzliche Strafbestimmung *nicht zu sehr beschränkt* werde, auf der anderen Seite aber auch *keinen allzufreien Spielraum* erhalte. *Ersteres* führt zu grosser Härte, verhindert die gehörige Beachtung der subjectiven und der individuellen Strafbarkeit, veranlasst häufige Begnadigungsanträge, und beeinträchtigt zugleich den Beruf und die Würde der Strafgerichte. *Letzteres* hingegen schwächt den Eindruck des Strafgesetzes, hindert die gehörige Beachtung der objectiven Strafbarkeit, und erzeugt eine gefährliche Richterwillkür. Zwischen beiden Extremen muss

also der Strafgesetzgeber die Mittelstrasse halten.

Wo daher die Natur des Verbrechens keine absolut bestimmte Strafe (wie die Todesstrafe und die Dienstentsetzung) statthaft oder nöthig macht, da sollte der Gesetzgeber, um dem richterlichen Ermessen einen gehörig begrenzten Spielraum zu lassen, einestheils ein *Maximum* und ein *Minimum* der zu erkennenden Strafe bestimmen, oder auch mehrere Strafen *alternativ* androhen, anderntheils dem Richter zugleich die *allgemeinen* und *besonderen Rücksichten* angeben, nach welchen derselbe die gesetzliche Strafe, binnen jener Grenzen, zumessen soll [d]).

Wenn so der Gesetzgeber nur wirklich strafwürdige Handlungen (§. 27.), mit nothwendigen und zweckmässigen Strafarten (§. 28.), unter Beobachtung des, durch den Grad der Strafwürdigkeit bestimmten Strafmaases, und zwar dergestalt bedroht, dass dem richterlichen Ermessen der gehörige Spielraum bleibt (§. 29. 30. 31.), und wenn dann ferner durch eine stets wachsame Criminalpolicei, so wie durch gutes Strafgerichtswesen, die

d) Diese Ideen sind weiter ausgeführt in meinen *Anmerkungen zum Hannoverschen Entwurfe.* Th. I. S. 260—270.

Hoffnung der Straflosigkeit geschwächt wird; so wird die, im Strafgesetz liegende Warnung nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts entsprechen, sondern auch ihren Zweck möglichst befördern.

Solchergestalt erprobt sich also die Warnungstheorie, als eine sichere und fruchtbare Grundlage einer guten Strafgesetzgebung.

§. 32.

B) *Allgemeine Grundsätze für den Strafrichter.*

Auch für die Strafgerichte stellt die Warnungstheorie allgemeine Rechtsprincipien auf, welche die Grundlagen ihrer Erkenntnisse bilden.

Aus dem obersten Grundsatze des Strafrechts überhaupt (§. 25.) fliesst, als *allgemeines Princip* für den *Strafrichter*, der Satz:

> *Jedes Strafurtheil ist bedingt durch das Daseyn einer, vom Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung.*

In diesem allgemeinen Grundsatze liegen dann weiter die einzelnen, ausnahmelosen Principien, auf welche der Richter seine Urtheile zu bauen hat. Es beziehen sich diese Grundsätze auf die Prämissen eines jeden strafgerichtlichen Erkenntnisses.

1) Der *Obersatz* des, im Strafurtheile liegenden Syllogismus, besteht in dem *Strafgesetze.* Hierauf bezieht sich der Grundsatz: *Kein Verbrechen, und keine Strafe, ohne Strafgesetz.* (Nullum delictum, sine lege poenali; nulla poena, sine lege. — *Moneat lex, priusquam feriat*). Denn durch die vorausgehende gesetzliche Warnung erhielt die, vorher nur strafwürdige Handlung, erst die Natur eines Verbrechens (§. 24.), und das Uebel die Natur der rechtlichen Strafe. Ein nicht existirendes Strafgesetz kann nicht übertreten, und nicht angewendet werden. Der Richter hat nicht mit blos strafwürdigen, sondern nur mit strafgesetzwidrigen Handlungen zu thun. Sein Beruf bringt es mit sich, die Handlungen unter das Strafgesetz zu subsumiren; wo also kein Strafgesetz ist, da kann auch keine Subsumtion der Handlungen unter dasselbe statt finden.

Die Aufstellung des Grundsatzes: Kein Verbrechen, und keine Strafe, ohne Strafgesetz, ist in der That als ein glänzender Vorzug der Warnungstheorie anzusehen, den sie, unter allen einfachen Theorien, blos mit der Feuerbachschen gemein hat, welcher ihr aber noch wesentlicher und eigenthümlicher einwohnt, als letzterer, weil sie der, im Strafgesetz liegenden Warnung eine andere Art,

und einen grösseren Umfang der Wirksamkeit gibt.

Ohne das Strafgesetz, als ein Warnungszeichen, aufgestellt zu haben, würde dieses gelindere Mittel, Störungen des Rechtszustandes zu verhüten, nicht versucht, mithin die Zufügung der Strafe nicht durch Nothwendigkeit gerechtfertiget seyn. Schon die, nicht zu leugnende, blosse Möglichkeit, dass durch die Warnung, falls sie wirklich geschehen wäre, die That hätte verhütet werden können, würde allein hinreichen, um die Bestrafung des Thäters, ohne vorausgehende Warnung, als ungerecht darzustellen. Auch würde es, ohne das Strafgesetz, den Bürgern an einer ganz unentbehrlichen Schutzwehr gegen die so sehr gefährliche Willkür der Strafgerichte fehlen.

Die Wahrheit jenes wichtigen Grundsatzes ist auch von Gesetzgebungen alter und neuer Zeit anerkannt worden. Findet er sich gleich in ersteren, ihrer ganzen Beschaffenheit gemäs, nicht mit völliger Bestimmtheit, als ein allgemeines, ausnahmeloses Princip ausgesprochen, und durchweg festgehalten, so liegt er ihnen doch mehr oder minder zum Grunde. So sagt z. B. die L. 131. §. 1. D. de V. S. „Poena non irrogatur, nisi quae quaqua lege, vel quo alio iure, specialiter

huic delicto imposita sit.“ Auf ähnliche Weise heisst es in L. 14. §. 14. D. de religiosis — „non recte facere: poenam tamen in eum statutam non esse.“

Allgemeiner und bestimmter findet sich der fragliche Grundsatz in der Carolina Art. 104. anerkannt, worin es heisst:

„Aber sonderlich ist zu merken, in was Sachen (oder derselben gleichen) unser kaiserlich Recht keinerlei peinlicher Strafe am Leben, Ehren, Leib oder Glieder setzen oder verhängen, dass Richter und Urtheiler darwider auch Niemand zum Todt oder sonst peinlich strafen.“

Welchen Werth insbesondere die Französische Gesetzgebung auf die, in der Regel: „Kein Verbrechen und keine Strafe, ohne Strafgesetz,“ liegende Garantie der Bürger gegen Richterwillkür legt, diess ergibt sich aus der, im Code d'instruction criminelle Art. 369. enthaltenen Vorschrift, dass der Präsident des Strafgerichtes das, wider den Angeklagten zur Anwendung gebrachte, Strafgesetz in der öffentlichen Gerichtssitzung, vor Verkündigung des Straferkenntnisses, laut vorlesen, und dass der Text des angewendeten Gesetzes in das Strafurtheil eingerückt werden soll.

Auch den neuesten Strafgesetzbüchern (z. B. StGB. für Baiern Art. 1.) so wie den Entwürfen (z. B. Entwurf für Hannover Art. 4. für Sachsen §. 14.) liegt jenes Princip zum Grunde. Endlich haben mehrere Anhänger anderer Strafrechtstheorien, um diesen eine haltbare Grundlage zu geben, das gedachte Princip sich dergestalt angeeignet, dass sie eine vorausgehende Androhung der, von ihnen angenommenen Besserungs-, Präventions- oder Abbüssungsstrafe für nöthig hielten, und so, mit Hülfe dieses ganz unentbehrlichen Grundsatzes, gemischte Straftheorien bildeten.

Je natürlicher und vorzüglicher der oft erwähnte Grundsatz ist, und je allgemeiner derselbe durch die Gesetzgebung und die Doctrin gebilligt wird, desto auffallender ist es, dass sich auf der anderen Seite immer noch *Gegner* desselben finden, welche dessen Wahrheit bezweifeln und selbst mit Heftigkeit bestreiten. Bei einer genaueren Prüfung dieser *Zweifel* wird man jedoch beobachten, dass solche auf Missverständnissen beruhen, welche sich, mit Hülfe der oben aufgestellten klaren und bestimmten Begriffe und Grundsätze, leicht beseitigen lassen.

A) Es ist zunächst eine falsche Vorstellung, als ob der Sinn des Satzes: Kein Ver-

brechen, ohne Strafgesetz, der sey, dass der Gesetzgeber die *Strafwürdigkeit der Handlung erst durch das Gesetz schaffe*, dass er die Handlungen *willkürlich zu Verbrechen ausspräge*, und dass mithin das Strafgesetzbuch nur als ein Aggregat willkürlicher Bestimmungen, welche der Gesetzgeber blos nach Belieben, Gutdünken oder Laune vorschreibe, anzusehen sey. Vielmehr wohnt den Handlungen die Strafwürdigkeit bereits ein, weil und in wie fern sie deren Merkmale an sich tragen (§. 27.), und es wird solche durch die gesetzliche Bedrohung mit Strafe nur anerkannt und verkündigt. Während dieselbe Handlung vorher blos *strafwürdig* war, ist sie nunmehr auch eine *strafgesetzwidrige*, oder ein *Verbrechen*; die Bürger sind nun vor Begehung der Handlung gewarnt, und es ist jetzt die rechtliche Möglichkeit begründet, den fruchtlos gewarnten Uebertreter des Strafgesetzes, in Gemässheit desselben, zu bestrafen.

Ein anderes Missverständniss besteht

B) darin, als ob der Satz: Kein Verbrechen, ohne Strafgesetz, stets ein *eigentliches Gesetz* (geschriebenes Recht) voraussetze. Dieser irrigen Idee ist bereits oben (§. 17.) begegnet, und dort nachgewiesen worden, dass, und in wie fern, auch das

ungeschriebene Recht die Natur eines Strafgesetzes haben könne. Sagt doch auch schon die oben ausgezogene L. **131.** §. **1.** D. de V. S. — „quaqua lege, vel *quo alio iure* etc.“

Eine sehr auffallende Missdeutung ist es ferner,

C) wenn man der Regel: nullum delictum, sine lege poenali, den Sinn beilegt, als ob es nach derselben auf den *blossen Buchstaben* des Strafgesetzes ankomme, und als ob ein todter Buchstabenformalismus den Bösewicht schützen, und den Richter fesseln solle.

Hierin liegt jedoch ganz offenbar eine eben so willkürliche, als unrichtige Voraussetzung, indem es gewiss noch Keinem derer, welche sich zu jener Regel bekennen, eingefallen ist, bei derselben nur an den todten Buchstaben, und nicht an den lebendigen Sinn des Strafgesetzes zu denken. Vielmehr ist der Richter, seinem Beruf zufolge, verpflichtet und berechtigt, den wahren Sinn und Umfang des Strafgesetzes zu erforschen, und solches hiernach anzuwenden.

Um aber die Grenzen zu bestimmen, welche der Richter, bei Ausmittelung des *Umfangs* eines Strafgesetzes, zu beobachten hat, ist es nöthig, die *extensive Auslegung*

des Gesetzes, von der *analogischen* (indirecten) *Anwendung* desselben zu unterscheiden.

1) Die *ausdehnende Auslegung* zeigt, dass der Umfang der Absicht des Gesetzgebers grösser sey, als der Umfang seiner Worte. Sie zeigt also, dass ein gewisser Fall im Gesetze nicht übergangen, sondern *wirklich darunter begriffen sey*, nur nicht unter den zu enge gefassten *Worten*, wohl aber unter der *Absicht* des Gesetzgebers [a]). So dachten z. B. die Verfasser der Carolina bei dem Strafgesetz wider die Münzfälschung gewiss nicht an die Fälschung des Papiergeldes, als welches damals noch gar nicht existirte, und es kann mithin jenes Gesetz auf dieses Verbrechen, mittelst der Interpretation, nicht ausgedehnt werden, wohl findet aber eine analogische Anwendung desselben statt (S. N. 2.).

Die extensive Auslegung äussert sich, ihrem Begriff zufolge, unter andern vorzüglich da, wo das Strafgesetz entweder nur einzelne Arten einer Gattung von Verbrechen, als Beispiele, nennt, ohne den Gattungsbegriff zu geben, oder wo es zwar letzteren aufstellt,

a) L. 6. §. 1. D. de V. S. „Verbum *ex legibus* sic accipiendum est: tam *ex legum sententia*, quam ex verbis."

jedoch die dabei genannten Arten nur beispielsweise aufführt.

2) Die *Analogie* der Strafgesetze besteht hingegen in deren Anwendung auf darunter *nicht begriffene Fälle.* (Indirecte Gesetzanwendung). Diese ist aber entweder Gesetzesanalogie, oder Rechtsanalogie.

a) Die *Gesetzesanalogie* besteht in der Anwendung eines gewissen Strafgesetzes auf eine andere strafwürdige, aber nicht unter einem Strafgesetz begriffene Handlung, wegen vorhandener Gleichheit des Grundes. Diese Gesetzesanalogie entspricht nicht nur den allgemeinen Grundsätzen vom Berufe des Richters, sondern ist auch durch die Gesetze [b]), so wie durch die Doctrin und den Gerichtsgebrauch gebilligt.

So bieten z. B. die Anwendung des Strafgesetzes wider die Münzfälschung, auf die Fälschung des Papiergeldes; die Anwendung der Gesetze wider die Calumnie, auf die falsche Denunciation, so wie des Gesetzes wider die Schmähschrift auf Schandgemählde, des Gesetzes wider die Kinderaussetzung auf die

b) L. 7. §. 3. D. majest. — „vel ex scriptura legis — vel *ad exemplum* legis." L. 27. D. de LL. — P. G. O. Art. 104. „in was Sachen (*oder derselben gleichen*)."

absichtliche Veranstaltung einer heimlichen hülflosen Niederkunft u. dgl. m. sprechende Proben der Gesetzesanalogie dar.

b) Die *Rechtsanalogie* besteht hingegen in der Anwendung der, von einer positiven Gesetzgebung befolgten Grundsätze über Strafwürdigkeit der Handlungen, auf eine einzelne Handlung, auf welche irgend ein bestehendes Strafgesetz, weder durch Auslegung extendirt, noch vermöge der Analogie angewendet werden kann. Diese Rechtsanalogie kann niemals die Stelle eines Strafgesetzes vertreten [c]). Denn sie vermag immer nur zu beweisen, dass die Handlung nach den, vom Gesetzgeber befolgten Ansichten, als *strafwürdig* anzusehen sey, welches aber, nach den obigen Ausführungen (§. 24.), nicht genügt, um solche auch für ein *Verbrechen* zu erklären [d]).

c) Blos in dieser Beziehung ist hier von der Rechtsanalogie die Rede. Dass hingegen die Rechtsanalogie dem Richter bei Auslegung der Strafgesetze, und bei Zumessung der, durch Gesetz nicht bestimmten Strafen, grossen Nutzen gewähre, diess ist anerkannt.

d) Diesem steht der Inhalt des Art. 105. der P. G. O. nicht entgegen, indem sich derselbe auf solche Fälle bezieht, welche zwar nach dem Gesetz als Verbrechen anzusehen sind, wofür aber die Strafe nicht gesetzlich bestimmt ist. Hier soll der Richter die Strafe nach der Rechtsanalogie zumessen. Ueber die Ansichten Anderer: *Wächter Lehrbuch des Straf-*

Man hat endlich

D) den *grossen Nutzen*, welchen der Grundsatz: Kein Verbrechen, ohne Strafgesetz, durch Sicherstellung der Bürger gegen Richterwillkür gewährt, zu bezweifeln versucht. Zu dem Ende wird angeführt, es müsse dem richterlichen Urtheil bei Anwendung der Strafgesetze ohnediess sehr Vieles überlassen bleiben, und also könne man demselben auch noch das Recht einräumen, Handlungen, welche kein Gesetz mit Strafe bedroht hat, für Verbrechen zu erklären, und zu bestrafen. Hierin liegt jedoch nichts weiter, als die Schlussfolge: weil man das Ermessen des Richters, bei Anwendung bestehender Strafgesetze, nicht über die Gebür beschränken kann, und folglich die Bürger hierbei immer der Gefahr eines Missbrauchs seiner Gewalt ausgesetzt sind, so ist es unbedenklich, sie auch noch ausserdem der ungleich grösseren Gefahr auszusetzen, dass der Richter Handlungen bestrafe, welche der Gesetzgeber nicht verpönt, und vor deren Begehung er die Bürger nicht gewarnt hat. Wer möchte wohl eine solche Schlussfolge für richtig halten?

rechts. §. 41. *n.* 94. Mein *Lehrb. der Strafrechtswiss.* §. 113. 141. 142.

II) Der *Untersatz* des, in dem Strafurtheile enthaltenen Vernunftschlusses, besteht in dem Daseyn der, durch das Gesetz mit Strafe bedroheten, *Handlung*. Daher der Grundsatz: *Keine Strafe, ohne Verbrechen.* (Nulla poena, sine delicto). Denn die Strafe ist durch das Gesetz an die That, als deren rechtliche Folge geknüpft, und eine nicht vorhandene That, kann nicht unter das Strafgesetz subsumirt werden. Die That ist aber nur dann als vorhanden anzusehen, wenn sie die, im Strafgesetz enthaltenen Merkmale des Verbrechens an sich trägt, und sowohl in dieser Hinsicht, als in Ansehung des Thäters vollständig erwiesen ist.

III) Die *Schlussfolge* aus dem vereinten Daseyn jener beiden Prämissen, besteht in dem *Ausspruche* des Richters, dass die, durch das Strafgesetz bedrohte Handlung in dem Falle vorhanden sey, und dass folglich den Thäter die gedrohte Strafe treffen müsse. Daher der Grundsatz: *Kein Verbrechen, ohne Bestrafung.* (Nullum delictum, sine poena). Und jenen Ausspruch thut der Strafrichter ohne Rücksicht auf einen dadurch zu erreichenden Zweck, und unbekümmert um die daraus entstehenden Folgen.

Die hier aufgestellten, aus dem höchsten Princip des Strafrechts fliessenden allgemeinen

Grundsätze für den Strafrichter (Kein Verbrechen, und keine Strafe, ohne Strafgesetz; keine Strafe, ohne Verbrechen; und kein Verbrechen, ohne Strafe), in ihrem oben erklärten Sinne genommen, leiden durchaus keine Ausnahme. Jedes Urtheil des Strafrichters, welches gegen einen dieser Grundsätze verstösst, ist rechtswidrig.

Viertes Capitel.

Vergleichung der Warnungstheorie, mit der Theorie des psychischen Zwanges.

§. 33.

Einleitung.

Unter allen Strafrechtstheorien machte keine einen solchen Eindruck, und erhielt so grossen Beifall, als die, von *Feuerbach* zuerst zu einem vollständigen System ausgebildete, *Theorie des psychischen Zwanges*, oder Abschreckungstheorie. Ausser dem seltnen Scharfsinn und der Folgerichtigkeit, womit dieses System aufgestellt und durchgeführt wurde, bestand der eigenthümlichste und glänzendste Vorzug desselben in dem Grundsatze, dass zum Begriff des Verbrechens sowohl, als der Strafe, die vorausgehende Androhung

eines Uebels durch Gesetz erforderlich, und dass diese Androhung durch die Nothwendigkeit der Erhaltung der Rechte bedingt sey. Aus dieser Ansicht flossen die fruchtbarsten Principien für den Strafgesetzgeber und Richter. Auch hatte diese neue Theorie auf die ganze Gestalt der Strafrechtswissenschaft den wohlthätigsten Einfluss, und der geniale Schöpfer derselben erwarb sich daher in allen diesen Hinsichten die grössten und bleibendsten Verdienste.

Schon sehr frühe bekannte auch ich mich zu der Feuerbachschen Theorie, und trug durch Lehrvorträge und Schriften zu deren Verbreitung nicht wenig bei. So sehr ich indessen stets von der Wahrheit der vorhin bemerkten wesentlichen Grundidee (der Nothwendigkeit einer gesetzlichen Androhung) überzeugt war und blieb, so hegte ich doch zugleich in Hinsicht der, von Feuerbach angegebenen Art und Richtung der Wirksamkeit des Strafgesetzes, immer einige Zweifel, und erklärte daher schon in meinem *Lehrbuche des Naturrechts*, so wie in meinen *Grundlinien des philosophischen Criminalrechts*, eine *Berichtigung* jener Theorie für nothwendig.

Fortgesetzte, diesem wichtigen Gegenstand gewidmete, Untersuchungen führten mich zu der Ueberzeugung von der Nothwen-

digkeit und Möglichkeit der Bildung einer neuen Art der Androhungstheorie, welche jenen Zweifeln nicht ausgesetzt wäre. Die erste Darstellung der hieraus hervorgegangenen Theorie, welche ich, nach ihrem eigenthümlichen Character, die *Warnungstheorie* nannte [a]), enthielt, in gedrängter Kürze, mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, und etwas ausführlicher eine, im Neuen Archiv des Criminalrechts Band IX. S. 429 ff. abgedruckte Abhandlung, worin ich die Uebereinstimmung und Verschiedenheit der *Abschrekkungstheorie* und der *Warnungstheorie* zeigte, und dadurch nachwiess, dass *beide* als *verschiedene Arten derselben Gattung*, nemlich der *Androhungstheorie*, zu betrachten seyen.

Es scheint jedoch, dass man wegen der *generischen Einheit*, die *specifische Verschiedenheit* beider Arten der Androhungstheorie übersehen hat. Auf diese Weise mag

a) In der *Leipziger Litteratur-Zeitung* 1829. S. 607. wird bemerkt, zur vollkommneren Bezeichnung müsste man sagen: *Theorie der Verbrechenverhütung mittelst Warnung.* Diess ist richtig; allein der Ausdruck *Warnungstheorie* ist kürzer, und der Begriff der Theorie entfernt alle Zweifel über den Sinn dieser, doch immer von der wesentlichen Grundidee entlehnten Benennung.

es gekommen seyn, dass Manche wähnten, die Warnungstheorie sey und bleibe eins mit der Theorie des psychischen Zwanges; es sey von mir blos dem Ausdruck „Abschreckungstheorie“ die mildere *Benennung* der „Warnungstheorie“ unterstellt worden, in der Sache selbst aber beträfen die Abweichungen dieser, von jener, nur die Modalität, und es sey daher die Warnungstheorie nur eine *modificirte* (eine veredelte, geläuterte, humanisirte) Abschreckungstheorie.

Wäre diese Ansicht richtig, so würde sich nun folgendes gegenseitige Verhältniss beider Theorien bilden. Die Theorie des psychischen Zwanges oder die Abschreckungstheorie wäre hiernach als die *Gattung* anzusehen, welche dann in die *reine* Feuerbachsche und in die *modificirte* Theorie des psychischen Zwanges zerfiele. Eine solche Zusammenstellung ist jedoch durchaus unrichtig. Denn abgesehen davon, dass durch den Ausdruck der modificirten Abschreckungstheorie gar kein bestimmter Begriff bezeichnet würde, ist auch durch die obige Entwikkelung der Warnungstheorie genugsam nachgewiesen worden, dass sich dieselbe nicht auf die Idee des psychischen Zwanges, durch Niederdrückung der sinnlichen Triebfedern, gründet (§. 12. §. 20.); woraus sich also von selbst

ergibt, dass sie sich zur Theorie des psychischen Zwangs nicht wie die Art zur Gattung verhalten kann, da sie gar nicht auf der, als generisch dargestellten Idee beruhet.

Wohl treffen aber beide im Begriffe der *Androhungstheorie* überein, und verhalten sich zu dieser wirklich als Arten derselben Gattung. Es kommt also jetzt auf Erörterung der Frage an: ob die *Warnungstheorie* als eine, von der Abschreckungstheorie durch ein wesentliches Merkmal geschiedene, mithin *eigenthümliche, selbstständige Art der Androhungstheorie* anzusehen sey?

Um nun über diese Frage bestimmt und richtig urtheilen zu können, ist es nöthig,

1) diejenigen Merkmale anzugeben, wodurch beide Theorien zu *einer* eignen, von allen übrigen Theorien verschiedenen, *Gattung* vereinigt sind — also die *generische Uebereinstimmung* derselben (§. 34.); sodann aber

2) diejenigen Merkmale, wodurch beide Theorien, als *zwei Arten* derselben Gattung, sich von einander unterscheiden, mithin die *specifische Verschiedenheit* aufzusuchen (§. 35—44.).

Bevor ich mich zu dieser Erörterung wende, halte ich mich für verpflichtet, wahrhaft zu versichern, dass ich dabei nicht etwa

von dem Bestreben geleitet werde, mich als den Urheber einer neuen Strafrechtstheorie darzustellen. Vielmehr geschieht es blos im Interesse der Wahrheit, und in dem eben so lebhaften, als rein wissenschaftlichen Eifer für einen Rechtstheil, den ich seit langer Zeit mit besonderer Liebe pflegte. Auch ist ja die, in dem Satze: *moneat lex poenalis, priusquam feriat*, liegende Grundidee der Warnungstheorie so natürlich, liegt so nahe, und entspricht so sehr den Aussprüchen des gesunden Menschenverstandes und den, im Volke herrschenden Vorstellungen, dass es keiner besonderen Erfindungsgabe bedurfte, um sie zu entdecken. Vielmehr muss man sich darüber wundern, dass eine so einfache und so menschliche Ansicht von dem Strafrechte des Staats nicht schon längst zur Grundlage einer Straftheorie gemacht worden ist. Nur das geringe Verdienst, jene Idee zuerst hervorgehoben, und solche zu einer eignen Strafrechtstheorie ausgebildet zu haben, erlaube ich mir in Anspruch zu nehmen [b]).

b) Bei *Hepp kritische Darstellung der Strafrechtstheorien* S. 102. findet sich folgende Aeusserung: „Statt der Abschreckung spricht *Bauer* (*ungefähr wie Oersted*) von einer Warnung des Volks durch das Strafgesetz.“ *Oersted* hat jedoch die Warnungstheorie, weder der Sache noch dem Namen nach, aufgestellt.

Auch wird, falls die Warnungstheorie einigen Beifall finden sollte, das grosse Verdienst des berühmten Schöpfers der Theorie des psychischen Zwanges dadurch nicht im mindesten geschmälert, indem ich ja nur auf dem, von ihm gelegten Grunde, fortgebaut, und darnach gestrebt habe, der Androhungstheorie mehr Haltbarkeit und Brauchbarkeit zu geben.

Mag übrigens mein Versuch gelingen, oder nicht, so wird man mir doch jedenfalls das Zeugniss nicht versagen, dass ich redlich nach Wahrheit forschte, so wie dass die, von mir aufgestellte Theorie nicht als eine müssige Speculation, oder philosophische Träumerei anzusehen ist, sondern vielmehr als die

Alles, was damit Verwandtes, in seinen Schriften vorkommt, ist die gelegentliche Aeusserung, dass die abschreckende Kraft des Strafgesetzes wohl nicht blos in dem unmittelbaren Einflusse, sondern auch in Erweckung allgemeiner Scheu vor Verbrechen, als einem entfernteren und mittelbaren Einfluss, bestehen möge. (*Grundregeln* S. 94. *Prüfung des Baier. Entw.* S. VIII.). Uebrigens bekennt sich Oersted sehr bestimmt zu der *Verbindung* der *Abschreckungs*theorie mit der *Präventions*theorie (Grundregeln S. 56. 57.), und auch *Hepp* sagt (S. 18. 19. 20.) ausdrücklich, dass *Oersted* zu denen gehöre, „die eine *Coalition* der von *Feuerbach* und *Grolman* aufgestellten Theorien“ versuchten.

Frucht eines vieljährigen Studiums der Strafrechtswissenschaft, und einer sehr reichen practischen Erfahrung.

§. 34.

I) *Generische Uebereinstimmung beider Theorien.*

Da die *Abschreckungs*theorie und die *Warnungs*theorie *Arten* derselben *Gattung*, nemlich der *Androhungstheorie*, sind, so haben beide *alles dasjenige gemein*, was dieser *Gattung eigenthümlich ist*, und wodurch sich solche zugleich von allen übrigen relativen Straftheorien *unterscheidet*.

Das *Eigenthümliche der Androhungstheorie*, als Gattung, besteht aber

I) in der Bestimmung des *Endzwecks der Strafe*. Diesen setzt die Androhungstheorie in *Verhütung* der Verbrechen, und *unterscheidet* sich also hierdurch, als eine Verhütungstheorie, von den *Vergütungs*- oder *Erstattungstheorien*.

II) Das andere eigenthümliche Merkmal der Androhungstheorie bezieht sich auf das *Mittel*, wodurch jener Strafzweck bewirkt werden soll. Dieses besteht nemlich, überhaupt und an sich betrachtet, in der *gesetzlichen Bedrohung unerlaubter Handlungen mit sinnlichen Uebeln*, also im *Strafgesetze*.

Hierdurch *unterscheidet* sich also die Androhungstheorie von denjenigen Verhütungstheorien, nach welchen der Strafzweck durch die *Bestrafung* (durch das Strafurtheil und dessen Vollstreckung) erreicht werden soll, nemlich von der *Besserungs* - und *Präventions*theorie, so wie von der Theorie der *unmittelbaren Abschreckung* durch den Eindruck der Execution.

Aus diesen wesentlichen Merkmalen der Androhungstheorie folgt dann ferner

III) die Uebereinstimmung ihrer beiden Arten in Hinsicht der, auf jenen Merkmalen beruhenden *allgemeinen Grundbegriffe* und *Grundsätze*. Beide Theorien stellen nemlich

A) im Ganzen denselben Begriff von *Strafe* und *Verbrechen* auf.

B) Auch in dem höchsten Grundsatze des Strafrechts treffen sie, wenigstens in so fern überein, als man in denselben nichts von dem Zwecke des Strafgesetzes und von der Art seiner Wirksamkeit aufnimmt, welches aber allerdings nothwendig ist, wenn man das höchste Princip auf eine jede der beiden Arten der Gattung bezieht, indem man dann dem Generischen das Specifische hinzufügen muss (§. 25.).

Unbedingter ist hingegen die Uebereinstimmung beider Theorien in Hinsicht derje-

nigen abgeleiteten allgemeinen Grundsätze, welche die Androhungstheorie für den *Strafrichter* aufstellt, indem beide den Rechtssatz: *Kein Verbrechen, und keine Strafe, ohne Strafgesetz*, für eine nothwendige und ausnahmelose Regel anerkennen.

Alles, was aus diesen Eigenthümlichkeiten der *Androhungstheorie*, als *Gattung*, folgerichtig herfliesst, das ist *beiden Arten derselben gemein*, welche daher nothwendig auch in vielen einzelnen Folgerungen aus jenen gemeinschaftlichen Grundideen übereintreffen müssen [a]).

Bei einem solchen Zusammentreffen der Abschreckungstheorie und der Warnungstheorie in allen den Stücken, welche die ganze Gattung der Androhungstheorie characterisiren, darf es nicht sehr befremden, wenn man zum Theil dafür gehalten hat, dass jene beiden Arten dieser Gattung, auch als species betrachtet, in der That eins seyen, und dass zwischen beiden nur unerhebliche, blos die Modalität betreffende, Verschiedenheiten obwalteten.

Das Irrige dieser Ansicht wird sich aus einer Prüfung der specifischen Verschieden-

a) So erklärt sich dasjenige, was der Recensent in der Leipziger Lit.-Zeit. 1829. S. 611. a. E. bemerkt.

heiten beider Arten der Androhungstheorie ergeben. Zu dem Ende ist es nöthig, zunächst die Eigenthümlichkeiten der Abschreckungstheorie auszumitteln (§. 35—39.), und ihnen dann die, auf dieselben Gegenstände sich beziehenden Eigenthümlichkeiten der Warnungstheorie gegenüberzustellen (§. 40—44.), mithin auf diese Weise eine *genaue Vergleichung beider*, und ein bestimmtes Urtheil über ihre *Verschiedenheit* möglich zu machen.

§. 35.

II) *Specifische Verschiedenheit beider Theorien:* A) *Eigenthümlichkeiten der Theorie des psychischen Zwanges:* 1) *Grundsatz für die Strafwürdigkeit.*

Strafwürdig heissen, im Sinne der Androhungstheorie, überhaupt solche Handlungen, welche zur Bedrohung mit Strafen geeignet sind. Nach *Feuerbach* (Lehrbuch §. 9 ff.) sollen im Staate *Rechtsverletzungen überhaupt unmöglich gemacht*, und insbesondere alle Bürger, als mögliche *Beleidiger*, durch das Strafgesetz von *Rechtsverletzungen* abgeschreckt werden. Hiernach würden also die Begriffe von *Rechtswidrigkeit* und *Strafwürdigkeit* zusammenfallen.

Das hieraus sich ergebende Merkmal der bürgerlichen Strafwürdigkeit ist aber theils zu enge, theils zu weit, indem weder *blos* Rechtsverletzungen, noch *alle* Rechtsverletzungen strafwürdig sind.

1) *Nicht blos Rechtsverletzungen sind strafwürdig*, d. h. zur gesetzlichen Bedrohung mit Strafe geeignet. Vielmehr gehören dahin auch noch einestheils solche Unsittlichkeiten, welche die Rechtsordnung untergraben, anderntheils gemeinschädliche Handlungen (§. 27.).

Die hierin sich zeigende Unzulänglichkeit jenes Merkmals der Strafbarkeit wird auch dadurch nicht völlig gehoben, dass Feuerbach nicht blos Rechtsverbrechen, sondern auch *Policeiübertretungen* annimmt. Diese stellt er zwar gleichfalls als Rechtsverletzungen dar, nemlich als Verletzungen des Rechtes des Staats, die Unterlassung der, von ihm, durch Policeigesetze, speciell verbotenen Handlungen zu fordern. Nun ist es aber zunächst schon eine sehr uneigentliche Bezeichnung, wenn man dergleichen an sich rein unsittliche Handlungen, z. B. die blossen Unzuchtsverbrechungen, als Rechtsverletzungen, mithin den Staat dabei als die verletzte Person darstellt. Ausserdem würde dann aber das einzige Merkmal der Strafwürdigkeit solcher

Handlungen, nicht in ihnen selbst liegen, sondern blos in dem äusseren, zufälligen Umstande, dass der Staat solche, vielleicht höchst willkürlich, verboten und verpönt hat, während doch vielmehr umgekehrt eine Handlung nur darum verpönt werden muss, weil sie strafwürdig ist.

II) *Nicht alle Rechtsverletzungen sind strafwürdig.* Setzt man den Zweck des Strafgesetzes in die Abschreckung Aller, als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen, so passt dieses auf alle Arten von rechtswidrigen Handlungen. Nun ist aber die Bedrohung einer Handlung mit Strafe, vermöge des höchsten Princips (§. 25.), durch Nothwendigkeit bedingt. Diese Nothwendigkeit zeigt sich jedoch nicht bei allen, ja nicht einmal bei den meisten rechtswidrigen Handlungen, indem gewöhnlich die Hülfe des Civilrichters ausreicht, welche den Beleidiger entweder zur Leistung, oder zum Schadensersatze zwingt, und auf diese Weise die Rechtsordnung handhabt, ohne dass es hierzu der Androhung von Strafen bedürfte (§. 5.).

Das gedachte Merkmal der bürgerlichen Strafwürdigkeit ist hiernach, in beiden Hinsichten, nicht als zutreffend zu betrachten.

§. 36.

2) *Bestimmung des Zwecks des Strafgesetzes.*

Die grösste Eigenthümlichkeit der Theorie des psychischen Zwanges besteht in der Aufstellung des *nächsten und eigentlichen Zwecks des Strafgesetzes.* Diesen setzt bekanntlich *Feuerbach* in die *Abschreckung Aller*, als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen, oder in *Aufhebung des sinnlichen Antriebes* zu Rechtsverletzung, durch die Vorstellung, dass auf die That unausbleiblich ein Uebel folgen werde, welches grösser ist, als die Unlust, welche aus der Nichtbefriedigung des Antriebes zur That entspringt. Die sinnliche Triebfeder soll durch die Furcht vor der gedrohten Strafe niedergedrückt; die Lust an der That, durch die Unlust aus der Strafe bekämpft, und auf diese Weise ein psychischer Zwang ausgeübt werden [a]).

Diese Bestimmung des nächsten Zwecks der Androhung der Strafe legt jedoch dem Strafgesetze eine viel *zu beschränkte Wirksamkeit* bei, indem sie weder der *Richtung*, in welcher, noch der *Art*, wie dasselbe wirken soll, den *erforderlichen Umfang* gibt.

Die gesetzliche Strafdrohung soll nemlich,

a) *Feuerbach Lehrbuch* §. 13 – 16.

I) was die *Richtung* ihrer Wirksamkeit betrifft, *blos auf die sinnlichen Antriebe* zu Verbrechen einwirken. *Feuerbach* geht hierbei von der Voraussetzung aus, dass alle Uebertretungen aus sinnlichen Antrieben, aus der Lust an oder aus der That, entspringen, welches dann zu der Folge hinführt, dass diese Lust durch den, in der Strafdrohung liegenden, psychischen Zwang unterdrückt werden könne und müsse. Jene Voraussetzung ist aber unrichtig, da es auch noch andere Entstehungsgründe verbrecherischer Handlungen gibt, als z. B. Stumpfheit des sittlichen Gefühls, Mangel pflichtmässiger Besonnenheit im Handeln, und Mangel richtiger und klarer Vorstellungen von der Gefährlichkeit und bürgerlichen Strafwürdigkeit einer Handlung (§. 12.). Einen sprechenden Beweis von der Unrichtigkeit der Annahme, dass alle Uebertretungen aus der Lust an oder aus der verbrecherischen That entspringen, geben die Verbrechen aus *Fahrlässigkeit.* Diese mögen aus bewusster, oder unbewusster Culpa entspringen, so lässt sich nicht sagen, dass der Thäter aus Lust an dem Verbrechen gehandelt habe. Denn falls er die Gefährlichkeit seiner Handlung, wenn er solche gleich hätte einsehen können und sollen, nicht wirklich einsah (*unbewusste* oder *mittelbare* Culpa),

so kann er unmöglich das culpose Verbrechen aus Lust an demselben begangen haben. Wenn z. B. der Arzt aus Unkunde oder aus Mangel der schuldigen Aufmerksamkeit die tödtende Gabe einer gefährlichen Arznei verordnet hat, so lässt sich nicht sagen, dass er solches aus Lust an der Handlung gethan habe, und das Strafgesetz wider die culpose Tödung kann nicht den Zweck haben, eine gar nicht vorhandene Lust zur That zu unterdrücken. Wenn aber auch der Handelnde wirklich einsah, dass aus seiner Handlung ein, von ihm nicht gewolltes Verbrechen entstehen könne (*bewusste*, oder *unmittelbare* Culpa), so wird doch hierbei als gewiss vorausgesetzt, dass er das Verbrechen *nicht* wollte, mithin auch nicht durch die Lust an demselben zu der Handlung angetrieben wurde.

Aber nicht nur die Richtung, in welcher das Strafgesetz wirken soll, sondern

II) auch die *Art der Wirksamkeit*, welche ihm nach jener Theorie beigelegt wird, ist zu beschränkt. Es soll nemlich der, in der Strafdrohung liegende, *psychische Zwang die sinnlichen Antriebe zu Verbrechen unterdrücken;* die Lust zur That soll durch die Furcht vor der Strafe überwogen, Sinnlichkeit durch Sinnlichkeit bekämpft werden.

Diese Ansicht von der Weise, wie das Strafgesetz wirken soll, ist aber, selbst bei solchen Verbrechen, die aus sinnlichen Antrieben entspringen, und auf deren Verhinderung allein der psychische Zwang bezogen werden kann (I.), *zu beschränkt* und *einseitig*. Denn es wird

A) der Mensch hierbei zu sehr als *sinnliches*, hauptsächlich der Furcht zugängliches *Wesen*, betrachtet, und die vernünftige Natur desselben, insbesondere das Tugend-, Rechts- und Ehrgefühl, so wie die Bildungsstufe, worauf das Volk steht, nicht gehörig berücksichtiget. Hiernächst

B) beruht jene Ansicht von der Wirksamkeit des Strafgesetzes weniger auf moralischen, als auf *physischen Gesetzen*, nemlich auf den Gesetzen von Druck und Gegendruck, von Gewicht und Gegengewicht, von Gleichgewicht und Uebergewicht. Die wechselseitige Kraftäusserung der, in der Lust an der That, und in der Furcht vor der Strafe, liegenden, sinnlichen Triebfedern, wird dabei als der Kampf zweier, einander entgegenwirkenden Naturkräfte, mithin als ein *psychischer Mechanismus* dargestellt, hierdurch aber eine *zu materielle* Vorstellung von der Wirksamkeit des Strafgesetzes erzeugt. Eine solche Vorstellung würde ferner

C) keine *haltbare Grundlage für die rechtliche Zurechnung* darbieten. Denn wenn der Mensch nur zwischen Lust und Unlust, mithin zwischen Sinnlichem und Sinnlichem zu wählen hätte, so würde er ja lediglich als unter der Herrschaft der Sinnlichkeit stehend gedacht. Man könnte ihn also kaum dafür verantwortlich machen, dass er sich mehr durch die Lust an der That, als durch die Furcht vor der Strafe hat bestimmen lassen, und dass der, in der Strafdrohung liegende Gegenreiz nicht stark genug war, den Reiz zum Verbrechen zu überwinden. Wirklich ist auch *Feuerbach* durch seine Abschreckungstheorie auf eine unhaltbare Grundlage der Zurechnung hingeführt worden. Er stützt solche auf das niedere Begehrungsvermögen, oder das Wahlvermögen zwischen Lust und Unlust, welches daher immer binnen den Grenzen der Sinnlichkeit bleiben würde. Man muss jedoch vielmehr den Menschen stets als vernünftig-sinnliches Wesen betrachten. Nur die Verbindung und Wechselwirkung seiner vernünftigen und sinnlichen Natur erzeugt die Idee der menschlichen Freiheit, Willensfreiheit, oder Willkür, welche in dem Wahlvermögen zwischen dem Entschluss zu entgegengesetzten Handlungen, oder in der Möglichkeit der Selbstbestimmung besteht. Der Mensch

wird hiernach zwar durch sinnliche Antriebe zur Uebertretung gereizt; allein dieser Reiz kann nicht blos durch eine stärkere sinnliche Triebfeder, sondern auch durch Vernunft, durch eine sittliche Kraft besiegt werden. Hierin besteht das Wesen der Willkür. Auf diese soll das Strafgesetz wirken, und sie ist es, welche die Grundlage der Zurechnung bildet.

Die gedachte Vorstellung von der Wirksamkeit des Strafgesetzes beruht endlich

D) auf der Voraussetzung eines, im Gemüthe des Handelnden statt findenden *Kampfes, zwischen der Lust zur That und der Furcht vor Strafe*, eines *Vergleichens* und *Abwägens* der Vortheile und Nachtheile. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann der Gesetzgeber die Absicht haben, der Furcht vor der angedrohten Strafe in einem solchen Kampfe den Sieg über den sinnlichen Antrieb zu verschaffen. Die gedachte Voraussetzung wird aber, nach Psychologie und Erfahrung, oft nicht eintreten, indem der Handelnde häufig blos, oder doch hauptsächlich, an die Lust an oder aus der That, und an die Verhütung des Entdecktwerdens denken wird. Und am häufigsten wird diess gerade bei den bösartigsten und gefährlichsten Uebertretern, so wie bei Gewohnheitsverbrechern der Fall

seyn. Auch müsste, um sich zu überzeugen, dass der Thäter sich durch die Furcht vor der gedrohten Strafe nicht abschrecken lassen, und daher die gesetzliche Strafe verwirkt habe, Gewissheit darüber vorhanden seyn, dass demselben das übertretene Strafgesetz und die Grösse der bevorstehenden Strafe nicht nur überhaupt bekannt, sondern auch dass er sich dessen, bei Fassung des Entschlusses zur That, bewusst war, welches beides jedoch meist entweder nicht anzunehmen, oder doch nicht auszumitteln seyn wird.

Indem also die Theorie des psychischen Zwanges den Zweck der Strafdrohung in Unterdrückung des sinnlichen Antriebes zu Verbrechen, oder in Bekämpfung der Lust durch die Furcht vor der Strafe setzt, gibt sie der Wirksamkeit des Strafgesetzes theils eine zu einseitige *Richtung*, theils eine zu beschränkte *Art* ihrer Einwirkung, welches beides dann die Aufstellung eines unrichtigen Maasstabes der Strafbarkeit zur Folge hat.

§. 37.

3) *Maasstab der Strafbarkeit.*

Während die vorstehend geprüfte Bestimmung des nächsten Zwecks des Strafgesetzes die grösste Eigenthümlichkeit der Theorie des

psychischen Zwanges enthält, bildet der hieraus herfliessende Maasstab der Strafbarkeit die *folgenreichste* Eigenheit derselben.

Da nemlich, jener Theorie zufolge, die gesetzliche Strafdrohung die sinnlichen Triebfedern zu Verbrechen niederdrücken soll, so muss sie, *folgerichtig*, die Grösse des, zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Strafübels, *nach der Stärke des, dadurch zu unterdrückenden sinnlichen Antriebes*, beurtheilen, und daher letztere zum *Maasstabe* der anzudrohenden Strafe nehmen. Denn das *Begründete* kann nicht weiter reichen, als sein *Grund.* Besteht nun der Rechtsgrund der Strafe in der nothwendigen Unterdrückung der sinnlichen Antriebe zu Verbrechen, so kann kein grösseres und kein geringeres Strafmaas angewendet werden, als zu der bezweckten Unterdrückung der sinnlichen Antriebe zureichend, oder nothwendig ist. Auch muss ja das *Mittel* dem *Zweck* entsprechen; der *Reiz* muss durch einen grösseren *Gegenreiz* bekämpft; die sinnliche Triebfeder der *Lust*, muss durch die Triebfeder der Furcht vor der *grösseren Unlust* niedergehalten; über das *Gewicht* jenes Beweggrundes muss diesem Beweggrunde das *Uebergewicht* verschafft, jenem *Druck* muss ein stärkerer *Gegendruck* entgegengesetzt werden.

Dieser Maasstab für die Grösse oder Strafbarkeit der Verbrechen, hält jedoch in mehrfacher Hinsicht, keine Prüfung aus.

I) Vor allen Dingen ist es mangelhaft, dass das *Strafmaas* durch *den Zweck der Strafdrohung bestimmt*, und so von diesem *abhängig* gemacht wird (§. 30. B.). Hieraus entspringt dann unter andern der grosse Fehler einer auffallenden *Einseitigkeit*, des Maasstabes für die Strafe, indem sich dieser nur auf die *subjective* Strafbarkeit bezieht, während hingegen die *objective* Strafbarkeit dabei, nicht an sich und in gehöriger Maase, beachtet wird. Zwar wird die grössere objective Strafbarkeit einer *That* meist auch eine grössere subjective Strafbarkeit des *Thäters* annehmen lassen, indem nur ein sehr starker sinnlicher Antrieb das sittliche Gefühl so weit zu unterdrücken vermag, dass der Mensch sich zu einem sehr schweren Verbrechen entschliesst. Allein dann würde doch immer die objective Strafbarkeit des Verbrechens nicht an sich, nicht hauptsächlich, und nicht in voller Maase, sondern *blos als ein Erkenntnissgrund der subjectiven Strafbarkeit*, mithin theils nur mittelbar und untergeordnet, theils nur in so weit, als die Stärke der sinnlichen Triebfeder daraus erkannt werden kann, beachtet, wo aber letzteres nicht

der Fall ist, gar nicht berücksichtigt. Eine solche Einseitigkeit des gedachten Maasstabes ist aber um so mehr zu vermeiden, als gerade die *objective* Strafbarkeit die *vorzüglichste,* und die, *zuerst* zu nehmende *Rücksicht* ist, nach welcher der Gesetzgeber die Strafe auszumessen hat, indem es die Natur der Sache mit sich bringt, dass man, bei Würdigung der Gefährlichkeit der verschiedenen Verbrechen, zunächst die Handlung an sich, in ihrer Beziehung auf den Rechtszustand, und dann erst die Gefährlichkeit der Gesinnung, woraus solche hervorgeht, beachtet (§. 31.). Wenn also die Theorie des psychischen Zwanges consequent bleibt, mithin nur einen subjectiven Maasstab gibt, so wird sie *einseitig;* falls sie hingegen den objectiven Maasstab, neben dem subjectiven, aufstellt, so wird sie *inconsequent.*

Eine andere Einseitigkeit des fraglichen Maasstabes besteht

II) darin, dass derselbe nicht einmal zu *einer vollständigen erschöpfenden Würdigung der subjectiven Strafbarkeit* hinführt. Denn es kommt

A) bei Beurtheilung der Strafbarkeit vorsätzlicher Verbrechen *nicht blos* auf die Gefährlichkeit des gesetzwidrigen Willens, sondern auch auf die Beschaffenheit des *klareren,*

oder *verdunkelten Bewusstseyns* der Strafbarkeit der Handlung an [a]). Darauf weisst aber jener Maasstab nicht hin.

Auch bezieht sich derselbe

B) folgerichtig nur auf die *Stärke* und *Festigkeit* der sinnlichen Triebfeder, nicht aber auf andere, eine grössere Strafbarkeit begründende Eigenschaften derselben, als z. B. deren *Richtung*, *Schlechtigkeit* oder *Fruchtbarkeit*. Zwar will *Feuerbach* die subjective Strafbarkeit auch nach dem *Umfange* der Triebfeder beurtheilt wissen, und stellt in dieser Beziehung die Regel auf, dass die Strafbarkeit um so grösser sey, zu je mehreren und mannichfaltigeren Rechtsverletzungen die sinnliche Neigung antreibe. Allein die grössere Fruchtbarkeit eines Antriebes zu Rechtsverletzungen enthält, an sich betrachtet, keinen Beweis, dass es zu dessen Unterdrückung eines um so stärkeren psychischen Zwanges bedürfe. Vielmehr sind an sich legale, d. h. ihrer Natur nach nur auf Hervorbringung sittlicher und rechtlicher Handlungen gerichtete Triebfedern, z. B. Ehrgefühl, Mitleid, Vaterlandsliebe, religiöse Schwärmerei u. dgl., oft weit stärker, und bedürften folglich eines weit kräftigeren psychischen

a) Mein *Lehrbuch der Strafrechtswiss.* §. 86.

Gegendrucks, als an sich schlechte Triebfedern, wie z. B. Eigennutz.

Hiernächst

III) ist es nicht zu verkennen, dass der, von der Theorie des psychischen Zwanges aufgestellte Maasstab der Strafbarkeit, bei einer folgerichtigen Anwendung, zu einer *unverhältnissmässigen Härte der Strafgesetze* führen muss. Denn da durch die Strafdrohung die sinnliche Triebfeder unterdrückt werden soll, die Macht der sinnlichen Antriebe aber, wie Psychologie und Erfahrung lehren, sehr gross ist; so würde sich der Gesetzgeber zur Anwendung einer sehr starken Gegenkraft, mithin zur Androhung harter Strafen, und zwar selbst bei an sich geringeren, aber aus starken Antrieben entspringenden Verbrechen, genöthiget sehen. Zwar wird der Gesetzgeber durch die Beobachtung, dass allzuharte Strafgesetze ihren Zweck verfehlen, abgehalten werden, jenes Strafmaas in seiner ganzen Strenge zu gebrauchen. Allein diese Mässigung hätte dann doch ihren Grund nicht in dem, von der Theorie selbst aufgestellten Maasstab, sondern in einer, *ausser* demselben gelegenen Ursache, welche vielmehr eine *Abweichung* von jenem Grundsatze nöthig machte.

Das oftgedachte Princip gibt ferner

IV) *keinen Maasstab* für die Strafbarkeit *culposer Verbrechen.* Denn da diese nicht aus der Lust am Verbrechen entspringen, so kann auch die Grösse der anzudrohenden Strafe nicht nach der Nothwendigkeit, die zum Verbrechen antreibende Lust zu unterdrücken, gemessen werden (§. 36. I.). In der That hat auch *Feuerbach* (Lehrbuch §. 117.) jenen Maasstab der Strafbarkeit auf das culpose Verbrechen nicht angewendet.

Der, durch die Abschreckungstheorie aufgestellte Maasstab ist endlich

V) auch für den *Strafrichter* nicht geeignet, indem er dem Berufe desselben, in doppelter Betrachtung, nicht entspricht.

A) Auf der einen Seite würde, bei genauer Anwendung jenes Maasstabes von Seiten des Gesetzgebers, das *richterliche Ermessen allzusehr eingeschränkt werden.* Denn um der Strafdrohung die volle Kraft zur Unterdrückung des sinnlichen Antriebes zu geben, bedürfte es möglichst bestimmter Strafgesetze. Diese führen aber zu grosser Härte, verhindern die gehörige Beachtung des, im einzelnen Falle vorhandenen Grades der Strafbarkeit, nöthigen die Gerichte, wegen des, hieraus oft entspringenden, schreienden Missverhältnisses zwischen der Strafbarkeit des einzelnen Falles und der gesetzlichen Strafe, zu

häufigen Begnadigungsanträgen, und sind mit der Würde des Strafrichters, welcher dadurch zu einem blossen Werkzeuge der unbedingten Anwendung des, seinem vernünftigen Ermessen nichts überlassenden, ganz bestimmten Strafgesetzes herabgesetzt wird.

B) Auf der andern Seite gibt jener Maasstab dem Richter für den Fall, wo das Gesetz die Strafe ganz oder zum Theil *unbestimmt* gelassen haben sollte, *keine brauchbare Anweisung*, wonach er die Strafe in dem einzelnen Falle zuzumessen hat. Zwar weisst *Feuerbach* (Lehrbuch §. 102 a) den Richter an, diejenige Strafe aufzufinden, welche der Gesetzgeber selbst für die Handlung bestimmt haben müsste, wenn er sie einzeln mit einer bestimmten Strafe hätte bedrohen wollen. Allein die wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Berufe des Gesetzgebers und des Richters gestattet letzterem nicht, denjenigen Maasstab zu gebrauchen, welchen die Abschreckungstheorie für ersteren aufstellt. Denn nach dieser Theorie soll der *Gesetzgeber künftige* Verbrechen verhüten, und zu dem Ende eine so grosse Strafe *androhen*, als zur Unterdrückung des sinnlichen Antriebes nöthig ist. Der Richter hingegen hat ein bereits *begangenes* Verbrechen zu *bestrafen;* es kann also sein Zweck nicht

seyn, diejenige sinnliche Triebfeder, welche das Verbrechen bereits erzeugt hat, hinterher niederdrücken, und dadurch die Verübung der schon geschehenen That verhindern zu wollen. Er kann also die, dem wirklichen Uebertreter zuzuerkennende Strafe, nicht nach der Stärke eines, dadurch aufzuhebenden sinnlichen Antriebes, zumessen. Auch kann er die Grösse der Strafe nicht etwa nach der Kraft, womit die Triebfeder sich durch das schon begangene Verbrechen *geäussert hat*, bestimmen wollen; denn dieses würde dem, von jener Theorie aufgestellten Grundsatze entgegenlaufen, welchem zufolge die Grösse der Strafe sich nach dem Zweck, nemlich Verhinderung der Verbrechen durch Unterdrückung des sinnlichen Antriebes zu denselben, richtet.

Diese Ausstellungen (I—V.), wenn auch nur die eine oder die andere derselben als gegründet anerkannt werden sollte, beweisen daher, dass der, auf der Theorie des psychischen Zwanges beruhende Maasstab der Strafbarkeit nicht richtig ist.

§. 38.

4) *Zweck der Bestrafung.*

Die Theorie des psychischen Zwanges stellt nicht nur für die *Strafdrohung*, son-

dern auch für die *Strafzufügung*, mithin nicht nur für den *Gesetzgeber*, sondern auch für den *Richter*, einen *Zweck* auf. Das Strafgesetz soll nemlich durch die Androhung der Strafe abschrecken, die Strafzufügung soll aber dieser Drohung Wirksamkeit geben.

Soll nun diese Ansicht

1) den Sinn haben, dass die *ganze Strafjustizpflege* im Staat auf Handhabung der Strafgesetze durch Realisirung der Drohung abzwecke, so ist sie zwar richtig. Allein es liegt doch darin kein *eigner* (neuer, oder besonderer) Zweck des Richtens und Strafens, sondern dieser ist schon wesentlich mit in dem Zweck des Strafgesetzes enthalten, da letzteres zugleich die Verkündigung enthält, dass dem Uebertreter die gedrohete Strafe durch die Gerichte zuerkannt, und wider ihn vollstreckt werden solle (§. 21.). Es ist jedenfalls unangemessen, und führt auf falsche Nebenideen, wenn man in diesem Sinne von einem Zwecke der Bestrafung wirklicher Uebertretungen spricht. Soll hingegen, wie es scheint, die Aufstellung eines Zwecks der Strafzufügung

2) den Sinn haben, dass der *Richter* die Strafe *um jenes Zweckes willen* zuerkenne und vollstrecken lasse; so ist diese Ansicht

nicht nur unrichtig, sondern enthält auch eine Quelle der nachtheiligsten Folgen für die Theorie und Anwendung. Dieses glaube ich oben (§. 22.) so überzeugend dargethan zu haben, dass ich mich hier lediglich auf die obige Ausführung beziehen kann.

Nur in besonderer Beziehung auf die Theorie des psychischen Zwanges ist noch eine eigenthümliche Folge jener Ansicht zu bemerken. Nimmt nemlich diese Theorie einen Zweck für die Strafdrohung, und einen andern Zweck für die Bestrafung an, so hört sie eben dadurch auf, eine einfache Strafrechtstheorie zu seyn, und wird zu einer *zusammengesetzten* Theorie, indem sie theils durch die Androhung, theils durch die Vollstreckung der Strafe wirken will, mithin zugleich Strafdrohungs- und Strafzufügungstheorie ist. Sie gleicht alsdann, *in so weit*, der Grolman'schen Verbindung der Androhungs- und Präventionstheorie, welcher zufolge der Zweck des Strafgesetzes in einer Generalprävention, der Zweck der Strafzufügung aber in einer Specialprävention bestehen soll.

§. 39.

5) *Rechtsgrund der Bestrafung.*

Zu den Eigenheiten der Feuerbachschen Theorie gehört endlich auch noch die Aufstellung eines *besonderen Rechtsgrundes* für die Bestrafung des wirklichen Uebertreters. Da ich jedoch oben (§. 22.) nachgewiesen habe, dass die Zuerkennung der Strafe schon durch die vorausgehende, rechtsgültige Androhung, und die erfolgte Uebertretung, vollkommen gerechtfertiget wird, mithin keines weiteren Rechtsgrundes bedarf, so wie dass der, von Feuerbach aufgestellte Rechtsgrund der Bestrafung unhaltbar ist; so kann ich hier, um Wiederholung zu vermeiden, auf jene Erörterung hinweisen.

Die bisher dargestellten und beurtheilten Grundzüge (§. 35—39.) liegen nicht in der Natur der *Androhungstheorie*, als *Gattung* betrachtet (§. 34.), sondern sind der Theorie des *psychischen Zwanges* eigen, welche erst durch sie, als *Art* jener Gattung, vollständig characterisirt wird.

In allen diesen Beziehungen befolgt die Warnungstheorie andere, wesentlich verschiedene Grundansichten, welche nun hier je-

nen Ideen, und zwar in der nemlichen Ordnung, gegenübergestellt werden sollen.

§. 40.

B) *Eigenthümlichkeiten der Warnungstheorie:* 1) *Grundsatz für die Strafwürdigkeit.*

Alles, was die Warnungstheorie, als eine eigne, selbstständige Art der Androhungstheorie, characterisirt, ergibt sich schon aus der oben gelieferten Begründung und Darstellung derselben (§. 11—32.). Die Eigenthümlichkeiten der Warnungstheorie bedürfen also hier keiner nochmaligen vollständigen Erörterung, sondern es genügt für den Zweck des gegenwärtigen Capitels, wenn diese Eigenheiten aus der obigen ausführlichen Darstellung der Grundideen jener Theorie nur hervorgehoben, und in gedrängter Kürze, mit steter Hinsicht auf die Abweichungen von der Abschreckungstheorie, zusammengestellt werden.

Die erste Eigenheit der Warnungstheorie besteht in dem Grundsatze, welchen sie für den Gesetzgeber über die *Strafwürdigkeit* der Handlungen aufstellt.

Strafwürdig sind, ihr zufolge, solche Handlungen, welche zur gesetzlichen Bedrohung mit Strafe geeignet sind. Diese Eigenschaft der Handlungen beruht aber auf zwei wesentlichen Merkmalen.

Die Handlungen müssen

1) so beschaffen seyn, dass sie die *Rechtsordnung gefährden;* sie mögen dann rechtswidrig, unsittlich, oder blos gemeinschädlich seyn; sie mögen den Rechtszustand unmittelbar oder mittelbar gefährden; sie mögen für denselben absolut, oder relativ gefährlich seyn (§. 27. I.).

2) Das andere Erforderniss der Strafwürdigkeit besteht in der *Unzulänglichkeit sonstiger Mittel* zu deren möglichster Verhütung, und in der sich hieraus ergebenden Nothwendigkeit, sie durch Gesetz mit Strafe zu bedrohen (§. 27. II.).

Diejenigen Handlungen, wobei diese beiden Merkmale zusammentreffen, sind zur Bedrohung mit Strafe geeignet, mithin strafwürdig, und der Gesetzgeber ist, vermöge des Rechtsgrundes der Strafgewalt, solche durch Gesetz mit Strafe zu bedrohen, und sie hierdurch für Verbrechen zu erklären, berechtigt und verpflichtet.

§. 41.

2) *Bestimmung des Zwecks des Strafgesetzes.*

Der *nächste* und *Hauptzweck* (der eigentliche Zweck) des, in seiner Beziehung auf die Bürger gedachten, *Strafgesetzes* (§. 19.)

besteht in *Warnung* Aller vor Störungen des Rechtszustandes, mittelst Androhung von Strafen.

Diese *Warnung soll allen Entstehungsgründen der Verbrechen entgegenwirken.* Sie soll daher, durch die Vorstellung des, mit dem Verbrechen verknüpften Strafübels, dem Menschen, ausser den Beweggründen der Sittlichkeit, des Rechts, der Religion und der Ehre, noch einen neuen, wichtigen Abrathungsgrund von Begehung der That geben, und ihm dadurch die Beherrschung seiner sinnlichen Antriebe erleichtern; sie soll das sittliche Gefühl anregen und schärfen, das Gewissen wecken und den Abscheu gegen die unerlaubte Handlung erhöhen; sie soll die Pflicht zur Besonnenheit im Handeln theils durch ein neues Motiv verstärken, theils zur klareren Vorstellung bringen, theils tiefer einprägen; sie soll endlich die Unterthanen von der bürgerlichen Strafwürdigkeit der Handlungen bestimmter unterrichten, und von der Grösse der daran geknüpften Uebel belehren [a]). Alle diese Arten der wohlthätigen

a) Die Absicht zu warnen, drückt sich auch häufig durch die Fassung des Strafgesetzes aus. So heisst es in den Römischen Strafverordnungen oft: „Si quis etc. — *sciat*", z. E. se capitali iudicio esse puniendum. *L.*

Wirksamkeit der warnenden Stimme des Strafgesetzgebers vereinigen sich im *Begriffe der Warnung* (§. 12.). Diese, mit allen ihren möglichen, nützlichen Einflüssen auf die Handlungsweise der Bürger, bildet insgesammt den Zweck des Strafgesetzes. Alle Bürger, welches auch die Ursache der zu befürchtenden Störungen des Rechtsfriedens seyn mögen, sind durch das Strafgesetz gewarnt. Der Gesetzgeber hat nun, durch dessen Verkündigung, und durch die, zur genauen Handhabung desselben getroffnen Anstalten, alles gethan, was er, bei der Unzulänglichkeit anderer Mittel, zu thun berechtigt und verpflichtet war. Er hat, durch die gesetzliche Warnung, die Nothwendigkeit der Bestrafung begangener Uebertretungen zu verhüten gesucht; er hat von der ihm zukommenden Strafgewalt einen solchen Gebrauch gemacht, wie sein Beruf, und eben sowohl die Gesetze des Rechts, als die Forderungen der Humanität und der Klugheit, denselben vorschreiben.

Sehr treffend sagt in dieser Hinsicht der Beurtheiler meines Lehrbuches in der *Leipziger Litteratur-Zeitung* v. 1829. S. 608. „Es ist keine Frage, dass der Strafgesetzge-

8. *C. de sicariis. L. un. C. de famos. libell. L.* 3. *C. majestatis.*

ber selbst nicht nur, sondern auch seine Unterthanen, weit höher gestellt sind, wenn jener, diese von dem Grade der Strafbarkeit der Verbrechen unterrichtend, und sie von der Unvermeidlichkeit der gedrohten Strafen überzeugend, gedacht wird, als wenn er mit rücksichtsloser Abschreckung seiner Bürger durch die härtesten Strafen sich begnügend erscheint. In ersterem Falle ist der Gesetzgeber einem Vater ähnlich, der nur aus Liebe straft, und die Freiheit seiner Kinder will, im letzteren hingegen einem zürnenden Zwingherrn. — Auch hier ist also die oft erwähnte Theorie in Form und Geist wahrhaft *verklärt* worden."

Vergleicht man mit der, aus jener Angabe des Strafzwecks hervorgehenden Natur der *Warnung*, die Idee der *Abschreckung*, oder des *psychischen Zwanges*, so wird nicht nur der *wesentliche Unterschied* beider Theorien, sondern auch der *Vorzug* jener, bestimmt und klar ins Auge springen. Erwägt man dann zugleich die wichtigen Folgen dieses wesentlichen Unterschiedes (§. 42 f.), so wird damit gewiss der Wahn verschwinden, als ob die Warnungstheorie nichts weiter, als ein neuer Name für die Abschrekkungstheorie sey.

§. 42.

3) *Maasstab der Strafbarkeit.*

Eine überaus folgenreiche und, wie es scheint, bisher ganz übersehene Eigenthümlichkeit der Warnungstheorie, besteht in demjenigen Grundsatze, welchen sie für das *Strafmaas* aufstellt.

Die Quelle dieser Eigenthümlichkeit liegt darin, dass die Warnungstheorie die Grösse der anzudrohenden Strafe *nicht nach dem Zweck des Strafgesetzes* einrichtet, sondern dieselbe *unabhängig* von diesem bestimmt.

Es liegen derselben dabei folgende Ansichten zum Grunde.

1) Das Strafgesetz soll die Bürger vor allen Störungen des Rechtszustandes *warnen*. Diese Warnung soll dadurch geschehen, dass das Gesetz dergleichen Handlungen mit einer, dem Grade ihrer Strafwürdigkeit entsprechenden Strafe bedroht. Zu diesem Ende muss also

2) der Gesetzgeber vor allen Dingen den *Grad der Strafwürdigkeit* der verschiedenen Arten unerlaubter Handlungen ausmitteln, und eine richtige und bestimmte Vorstellung davon zu erlangen suchen. Diese kann er aber nur von dem *Grunde* der Strafwürdigkeit entlehnen. Da nun die Strafwürdigkeit einer

Handlung in der *Gefährlichkeit* derselben für die Rechtsordnung ihren Grund hat, so ist solche um so strafwürdiger, je mehr sie den Rechtszustand gefährdet. Die grössere oder geringere Gefährlichkeit einer Handlung für die Rechtsordnung, bildet also den *Maasstab der Strafbarkeit* Die Gefährlichkeit einer Handlung ist aber theils *objectiv*, d. h. nach der Handlung an sich, theils *subjectiv*, d. h. nach dem handelnden Subjecte, und nicht blos *absolut*, sondern auch *relativ*, d. h. mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des bestimmten Staates, zu beurtheilen (*objectiver* und *subjectiver*, *absoluter* und *relativer Maasstab* der Strafbarkeit).

Hat nun der Gesetzgeber

3) nach allen diesen, vereinigt zu beachtenden, und gegeneinander abzuwägenden Rücksichten, den Grad der Strafwürdigkeit einer Handlung theils an sich, theils in Vergleichung mit anderen Arten strafwürdiger Handlungen, ausgemittelt; so ist er im Stande, ein dieser Stufe der Strafwürdigkeit (oder Grösse) des Verbrechens *entsprechendes Strafübel zu bestimmen.*

Die, solchergestalt ausgemittelte und zugemessene Strafe wird hierauf

4) durch das *Gesetz*, zur *Warnung Aller*, *angedroht.* Das Strafgesetz ist so der

Ausdruck der Vorstellung des Gesetzgebers von der Grösse der bürgerlichen Strafwürdigkeit eines Verbrechens, mittelst Bedrohung desselben durch eine dieser Vorstellung entsprechende Strafe. Es wird den Bürgern dadurch ein anschauliches, lebendiges Bild der vollen Strafwürdigkeit des Verbrechens, als Spiegel und Warnungstafel, vorgehalten. Der Gesetzgeber entlehnt hiernach das Strafmaas *nicht von dem Zwecke des Strafgesetzes*, sondern von der bürgerlichen Strafwürdigkeit der Handlung, und verkündigt dann nur die, hiernach zugemessene Strafe, zum Zweck der Warnung Aller. Und dieser Zweck wird gerade hierdurch am sichersten, und auf eine, dem Rechtsgrunde der Strafgewalt am meisten entsprechende Weise befördert. Unabhängig von der beengenden Ausmessung des Strafgrades nach einem dadurch zu erreichenden Zwecke, und frei von der hiermit unzertrennlich verknüpften Einseitigkeit, vermag so der Gesetzgeber alle, die Stufe der Strafwürdigkeit eines Verbrechens bestimmende Rücksichten, vereinigt, und in voller Maase, zu beachten, und hierdurch der Strafe zugleich die Natur einer angemessenen, der Gerechtigkeit entsprechenden Vergeltung beizulegen.

Vergleicht man hiermit die Theorie des psychischen Zwanges, so muss diese, wenn sie anders consequent seyn soll, die Grösse der anzudrohenden Strafe, nach der Stärke der, ihrem Zwecke gemäss, dadurch niederzudrückenden sinnlichen Triebfeder ausmessen, mithin ein sehr einseitiges und hartes Strafmaas aufstellen (§. 37.).

Die, aus dieser Vergleichung sich ergebende grosse und folgenreiche Verschiedenheit beider Theorien in Hinsicht des Strafmaases, liefert nicht nur den überzeugenden Beweis einer wesentlichen Eigenthümlichkeit der Warnungstheorie, sondern gibt derselben auch, wenn nicht alles mich trügt, einen wichtigen Vorzug vor allen übrigen relativen Straftheorien, insbesondere vor der Abschreckungstheorie [a]).

a) Wenn daher *Hepp* in s. *kritischen Darstellung der Strafrechtstheorien* S. 102. behauptet, der Maasstab der Strafe, welchen die Warnungstheorie aufstellt, sey und bleibe ganz unverändert der Feuerbachsche, und sich sogar zum Beweise dieser Behauptung auf meinen Aufsatz im N. Archiv des Crim. R. B. IX. S. 463. bezieht, so habe ich wenigstens ein solches Missverstehen der Warnungstheorie nicht verschuldet. Es kann doch natürlich nur von demjenigen Strafmaase die Rede seyn, welches aus einer Theorie, ihrem eigenthümlichen Character nach, *folgerichtig* hergeleitet ist. Nun habe ich aber in jenem Aufsatze

Eine ausführlichere Darstellung des, auf der Warnungstheorie beruhenden Strafmaases, nebst Regeln für dessen gehörige Anwendung, finden sich oben (§. 29—31.), welche ich hier zu vergleichen bitten muss.

§. 43.

4) *Zweck der Bestrafung.*

Schon in dem Strafgesetze liegt wesentlich die Erklärung, dass der Uebertreter desselben bestraft, d. h. dass ihm die angedrohte Strafe durch die Gerichte zuerkannt, und wider ihn vollstreckt werden solle. Dient nun gleich allerdings die Bestrafung wirklicher Uebertreter zur Erhöhung der Wirksamkeit der gesetzlichen Strafdrohung, und in so fern auch zur Verhütung künftiger Verbrechen, so geschieht sie doch nicht, um diese Wirkung, als ihren Zweck, hervorzubringen, sondern blos weil das Strafgesetz solches für

S. 449 ff. gezeigt, dass die Feuerbachsche Theorie, *Consequenz vorausgesetzt*, zu einem ganz anderen, und zwar zu einem unrichtigen Maasstabe der Strafbarkeit hinführt. Jedenfalls werden nun, nach den in gegenwärtiger Schrift §. 29—31. §. 37. §. 42. enthaltenen Ausführungen, die wesentlichen Verschiedenheiten beider Theorien in Hinsicht des Strafmaases, nicht weiter verkannt werden können.

den Uebertretungsfall verordnet hat. Will man nun jene, aus der Bestrafung hervorgehende Erhöhung der Wirksamkeit des Strafgesetzes, den *Zweck der Bestrafung* nennen, so muss man wenigstens zugeben, dass darin kein eigner (besonderer, oder neuer) Zweck der Zuerkennung und Vollstreckung liegt, sondern dass solches bereits in der gesetzlichen Strafdrohung enthalten ist, dass mithin, um irrige Vorstellungen über den Beruf des Richters zu verhüten, von einem Zweck der Bestrafung, selbst in dieser Beziehung, nicht die Rede seyn sollte.

Noch weit weniger kann aber ein Zweck der Bestrafung in dem Sinne angenommen werden, dass der *Richter* die verwirkte Strafe um eines Zwecks willen zuerkenne, und vollstrecken lasse. Vielmehr ist jedes Strafurtheil ein *reiner Act der Gerechtigkeit*, eine rechtlich nothwendige Folge des Strafgesetzes und der Uebertretung. Die Zuerkennung der Strafe bezieht sich blos auf ein *begangenes*, nicht aber auf Verhütung *künftiger* Verbrechen. Und wenn gleich die Bestrafung begangener Verbrechen zugleich eine weitere Warnung Aller enthält, mithin auch zur Verhütung künftiger Verbrechen beitragen kann; so ist dieses doch nur eine mögliche, nützliche Folge der Bestrafung, nicht

aber der Zweck, wozu der Richter das Strafurtheil fällt und vollstrecken lässt. Die Annahme eines solchen Zwecks für das Straferkenntniss ist aber nicht blos unrichtig, sondern würde auch die übelsten Folgen haben, worüber ich mich hier auf die oben gelieferte Ausführung beziehen kann (§. 21. u. 38.).

Nur eine, hieraus hervorgehende, weitere Eigenheit der Warnungstheorie verdient hier noch bemerkt zu werden. Die *Theorie des psychischen Zwanges* nimmt nemlich theils für das Strafgesetz, theils für die Bestrafung einen eignen Zweck an, und stellt also die Strafe in *beiden Hinsichten* als etwas *Relatives*, d. h. auf einen Zweck Bezogenes dar.

Die *Warnungstheorie* hingegen bezieht blos das Strafgesetz auf einen Zweck, nimmt hingegen für die Bestrafung keinen neuen Zweck an, und lässt insbesondere den Richter das Strafurtheil nicht um eines Zwecks willen sprechen, sondern erklärt die Zuerkennung und Vollstreckung der, durch die Uebertretung verwirkten Strafe, für eine blosse rechtliche Folge des übertretenen Strafgesetzes, mithin in so fern für etwas *Absolutes*.

Hierdurch unterscheidet sich also die Warnungstheorie von allen übrigen, *durchaus relativen* Theorien, weshalb ich dann, blos in diesem Sinne, glaubte sagen zu kön-

nen, sie stehe zwischen den *ganz absoluten*, und den *ganz relativen* Theorien in der *Mitte* und halte sich hierdurch von der Einseitigkeit beider frei.

Gegen diese letztere Ansicht sind in Beurtheilungen der Warnungstheorie einige Zweifel erhoben worden, deren Prüfung wohl hier die angemessenste Stelle finden dürfte.

1) In der *Leipziger Litteratur-Zeitung* vom Jahre 1829. S. 619. wird erinnert, es könne nichts theils *absolut*, theils *relativ* seyn, indem das Absolute eben darin bestehe, dass es nirgends relativ sey.

Dieser, an sich ganz richtige, Satz ist jedoch nur dann anwendbar, wenn man *einem und demselben Gegenstande* zugleich die Eigenschaft des Absoluten und des Relativen beilegt. Nun beziehe ich aber diese beiden Eigenschaften auf *zwei ganz verschiedene Gegenstände*, nemlich auf das *Strafgesetz*, und auf das *Strafurtheil*. *Ersteres* ist auf einen Zweck bezogen, folglich *relativ*, *letzteres* hingegen wird nicht um eines Zweckes willen gefällt, sondern ist blos eine nothwendige rechtliche Folge des übertretenen Strafgesetzes, mithin etwas *Absolutes*; womit also der, in jener Recension gerügte scheinbare Widerspruch verschwindet.

2) Von einer andern Seite [a]) ist gegen obige Ansicht bemerkt worden, es scheine hierbei die Vernunftnothwendigkeit der Strafe, nach der absoluten Straftheorie, mit der, aus dem Strafgesetze folgenden, blos logischen Nothwendigkeit verwechselt zu seyn.

Diese Bemerkung trifft aber meine Vergleichung der Warnungstheorie mit der absoluten Straftheorie nur dann, wenn solche über den Vergleichungspunct hinaus ausgedehnt wird. Dass es meine Idee nicht ist, und nicht seyn kann, nach Art der absoluten Theorien, die Bestrafung als eine Vernunftnothwendigkeit, als eine unbedingte Forderung des Rechtsgesetzes darzustellen, diess unterliegt nicht dem geringsten Zweifel, da ich eine solche Forderung des Rechtsgesetzes auf das bestimmteste leugne, und eine Bestrafung nur unter Voraussetzung des vorausgehenden positiven Strafgesetzes für rechtlich zulässig erkläre.

Die von mir behauptete Aehnlichkeit zwischen der absoluten Theorie und der von der Warnungstheorie, in Hinsicht der Bestrafung, aufgestellten Ansicht, *beschränkt* sich vielmehr auf folgenden *Vergleichungspunct*.

a) F. C. T. Hepp kritische Darstellung der Strafrechtstheorien. S. 102.

Die *absolute* Strafrechtstheorie nimmt *keinen Zweck* für die Bestrafung an, sondern erklärt diese für eine *blosse Folge des übertretenen Rechtsgesetzes*, für einen reinen Act der Gerechtigkeit, und hält es für eine Herabwürdigung des Strafurtheils, wenn man dasselbe als auf einen Zweck bezogen, mithin als eine Maasregel der Klugheit darstellt. Auch die *Warnungstheorie* nimmt *keinen Zweck* für das Strafurtheil an, sondern erklärt dieses für eine *blosse rechtliche Folge des übertretenen Strafgesetzes*, für einen reinen Act der Gerechtigkeit (§. 21. 38. 43.), und hält es ebenfalls für eine, die Würde der Justizpflege beeinträchtigende, und mit den nachtheiligsten Folgen verknüpfte, Ansicht, wenn das Strafurtheil auf einen eignen Zweck bezogen, und hierdurch als eine Maasregel der Klugheit dargestellt wird.

So bestimmt und *beschränkt*, ist die Aehnlichkeit unverkennbar, und also die Vergleichung richtig. Eine weitere Ausdehnung derselben habe ich so wenig verschuldet, dass ich ihr vielmehr zu begegnen bemüht war, indem ich in meiner angeführten Abhandlung S. 466. sagte: „die so berichtigte Theorie hört auf, zugleich in Hinsicht des Strafurtheils eine *relative* Theorie zu seyn, indem sie dadurch, dass sie das Strafurtheil nicht auf ei-

nen Zweck bezieht, *in dieser Rücksicht* als eine *absolute* Theorie erscheint."

Nach dieser Beseitigung der erhobenen Zweifel, ist es allerdings als eine Eigenthümlichkeit der Warnungstheorie anzusehen, dass sie zwischen den *ganz absoluten* Theorien, welche für die Strafe überall keinen Zweck annehmen, und den *ganz relativen* Theorien, welche sowohl für das Strafurtheil, als für das Strafgesetz einen eignen Zweck aufstellen, *in der Mitte* steht, indem sie nur für letzteres, nicht aber für ersteres einen besonderen Zweck annimmt, und dadurch alle die oben (§. 22. B.) bemerkten üblen Folgen vermeidet, die nothwendig entstehen müssen, wenn man den Richter seine Urtheile auf einen Zweck beziehen lässt.

§. 44.

5) *Rechtsgrund der Bestrafung.*

Die *Bestrafung* besteht in *Zuerkennung* der gesetzlich *angedrohten* Strafe, und in *Vollziehung* der *zuerkannten* Strafe. Für beide stellt die Warnungstheorie *keinen weiteren Rechtsgrund* auf, als die vorausgehende gesetzliche Androhung der Strafe, und die geschehene Uebertretung. Denn da der Gesetzgeber durch die Strafdrohung erklärt, dass

dem Uebertreter das gedrohte Uebel durch die Gerichte zuerkannt, und wider ihn im gesetzlichen Wege vollstreckt werden solle, so liegt in der bewiesenen Rechtsgültigkeit dieser Androhung zugleich der hinreichende Rechtsgrund der Bestrafung des wirklichen Uebertreters. Das *Strafurtheil* wird sonach durch das rechtsgültig bestehende *Strafgesetz*, und die *Vollstreckung* der Strafe durch das rechtsgültig gefällte *Strafurtheil*, vollkommen gerechtfertigt, wie solches bereits oben (§. 21. §. 39.) ausführlicher dargethan worden ist.

Durch diese Vergleichung der Warnungstheorie mit der Theorie des psychischen Zwanges, glaube ich überzeugend dargethan zu haben, dass beide Theorien *verschiedene Arten der Androhungstheorie*, als ihrer gemeinschaftlichen Gattung, sind, indem sie sich durch bestimmte, wesentliche und folgenreiche Merkmale, wozu ganz vorzüglich die Bestimmung des nächsten Strafzwecks und des Strafmaases gehört, von einander unterscheiden, dass folglich die *Warnungstheorie*, als eine *eigenthümliche, selbstständige* Strafrechtstheorie zu betrachten ist, so wie dass sich dieselbe durch mehrere fruchtbare Vorzüge empfiehlt. Ist es diesemnach gleich un-

richtig, wenn Manche glaubten, es sey nur ein neuer Name für die Feuerbachsche Theorie, so lässt sich es doch nicht verkennen, dass schon an den blossen Ausdruck *Warnungstheorie*, selbst ohne eine genauere Untersuchung der gedachten Eigenthümlichkeiten, sich ganz andere Vorstellungen knüpfen, als diejenigen sind, welche der Name des psychischen Zwanges, oder der *Abschreckungstheorie* erregt. Wenn jene Theorie deshalb von dem oben (§. 21. n. a) gedachten Recensenten eine Veredlung, Verklärung oder Humanisirung der kalten Abschreckungslehre genannt wird, so darf sich doch die Vergleichung nicht hierauf beschränken, sondern man muss nach den Gründen, aus welchen diese Veredlung der Abschreckungstheorie hervorgeht, forschen. Diese liegen aber in den oben dargestellten Eigenthümlichkeiten der Warnungstheorie, welche derselben den Character einer eignen Strafrechtstheorie geben.

Ich schliesse diese Vergleichung mit einer, schon im Archive des Criminalrechtes von mir angedeuteten Bemerkung. Wenn es nemlich einer philosophischen Theorie zur Empfehlung gereicht, dass sie mit dem Gemeingefühl und mit den Aussprüchen des gesunden, gemeinen Menschenverstandes über-

einstimmt, und dass sie durch die Wahrheit und Natürlichkeit ihres Grundgedankens Jeden anspricht; so darf sich gewiss die Warnungstheorie eines solchen günstigen Vorurtheils erfreuen, da es eine eben so natürliche und einfache, als auch im Volke verbreitete, und der Würde des Staats, wie des Menschen entsprechende Vorstellung ist, dass der Gesetzgeber die Bürger durch Androhung verhältnissmässiger Strafen, vor Verbrechen warnen will, und dass der Richter demjenigen, welcher, dieser Warnung ungeachtet, das Gesetz übertrat, die gedrohte Strafe mit Recht zuerkennt.

Fünftes Capitel.

Prüfung der, wider die Warnungstheorie erhobenen, Zweifel.

§. 45.

Einleitung.

Es ist zwar hier zunächst und hauptsächlich nur von denjenigen Zweifeln die Rede, welche gegen die, von mir aufgestellte Warnungstheorie erhoben worden. Zugleich muss ich jedoch eines Theiles der, wider die Feuerbachsche Abschreckungstheorie vorgebrachten

Einwürfe gedenken. Darunter finden sich nemlich mehrere, welche zwar ausdrücklich nur gegen letztere Theorie vorgebracht worden sind, sich aber in der That auf die *ganze Androhungstheorie* beziehen, mithin, falls sie gegründet wären, auch die Warnungstheorie, als eine Art derselben, wenn gleich nur in geringerer Maase, treffen würden. Es gehören dahin diejenigen Zweifel, welche sich auf das beziehen, was die Androhungstheorie, als Gattung, Eigenthümliches hat, und worin folglich die Abschreckungstheorie und die Warnungstheorie, als Arten der nemlichen Gattung, *übereintreffen.* Diese Zweifel bedürfen deshalb hier einer Prüfung, und das um so mehr, weil mehrere derselben auch als besondere Einwürfe gegen die Warnungstheorie geltend gemacht worden sind [a]). Diejenigen Zweifel hingegen, welche sich *ausschliesslich* auf die Eigenthümlichkeiten der Abschreckungstheorie beziehen, gehören, zufolge der Bestimmung des gegenwärtigen Capitels, nicht hierher. Auch sind solche, nur mit Ausnahme mancher unverkennbaren Missverständnisse, Uebertreibungen und Entstellun-

a) Diess gilt besonders von der Recension meines Lehrbuches in der Jenaischen Lit.-Zeit. 1829. S. 364 ff.

gen [b]), welche jetzt wohl keiner Widerlegung mehr bedürfen, bereits oben (§. 35—39.) in Erwägung gezogen worden.

§. 46.

I) *Zweifel gegen die Androhungstheorie überhaupt* [a]).

Es bedarf zwar hier einer Zusammenstellung und Würdigung derjenigen Zweifel, welche sich auf die Androhungstheorie überhaupt beziehen. Da jedoch die Widerlegung der meisten dieser Einwürfe bereits aus den oben, bei Begründung der Warnungstheorie vorgekommenen Erörterungen hervorgeht, so wird hier in so fern eine kurze Andeutung und Hinweisung genügen.

Die gedachten Zweifel lassen sich auf gewisse *Grundideen* zurückführen, und hiernach nicht nur am natürlichsten ordnen, sondern auch am treffendsten beurtheilen.

b) Dahin gehören besonders die ganz grundlosen Vorwürfe, wodurch die Feuerbachsche Theorie als ein System bloss thierischer Züchtigung und als eine Quelle der grausamsten Strafen dargestellt wird.

a) Mein *Versuch einer Berichtigung der Theorie des psychischen Zwanges*. §. 2. Im N. Archiv des Crim. R. B. IX. S. 432—445. *Hepp kritische Darstellung der Strafrechtstheorien*. S. 85 ff.

Es wird der Androhungstheorie

I) vor allen Dingen zum Vorwurfe gemacht, dass sie die *Strafe auf einen Zweck beziehe,* mithin dieselbe als ein blosses *Sicherungsmittel*, als ein Erzeugniss der *Klugheit* darstelle, während doch die Strafe vielmehr als sein Product der *Gerechtigkeit*, und als eine blosse *rechtliche Folge* des Verbrechens, zu betrachten sey. Daher entbehre jene Theorie der Gerechtigkeit, indem sie diese ausschliesslich in die Zweckmässigkeit und Nützlichkeit der Strafe setze, während es doch eine anerkannte Wahrheit sey, dass eine an sich unerlaubte Handlung, durch die blosse Beziehung auf einen guten Zweck, nicht gerechtfertigt werde.

Diesen Zweifel erheben die Vertheidiger der absoluten Straftheorien, welche die Strafe als eine unbedingte Forderung des Rechtsgesetzes darstellen. Die Hauptquelle desselben besteht aber unverkennbar in der unterlassenen Unterscheidung des *Strafgesetzes* und der *Bestrafung*.

A) Nur die *gesetzliche Androhung* der Strafe ist auf einen *Zweck* gerichtet; aber auf einen, dem Rechtsgesetze vollkommen entsprechenden Zweck, welcher darin besteht, dass die Bürger dadurch von der Begehung solcher Handlungen abgehalten werden sollen,

welche den Rechtszustand, mithin die Bedingung einer freien vernünftigen Existenz und Wirksamkeit, stören. Die Vernunft fordert die Strafdrohung, als eine wesentliche Bedingung der Rechtsordnung, mit der nemlichen Nothwendigkeit, womit sie den Staat, als einen auf Bewirkung des Rechtszustandes abzweckenden Verein, und als Bedingung der Entwickelung der Menschheit verlangt. Die Strafdrohung erscheint hiernach als unentbehrliches Mittel zur Verwirklichung des allgemeinen Vernunftplans. Sie ruht mithin allerdings auf einem rechtlichen Grunde; das angedrohte Strafübel hat folglich die Natur eines rechtlichen Instituts, und die Androhungstheorie ist keineswegs eine blosse Klugheits- und Nützlichkeitstheorie.

B) Die *Bestrafung* des wirklichen Uebertreters, oder die Zuerkennung und Vollziehung der Strafe (welche die Vertheidiger der absoluten Theorien unverkennbar allein im Auge haben), ist, wenigstens nach der Warnungstheorie, *nicht auf einen besonderen Zweck* bezogen, sondern eine blosse *rechtliche Folge* des Strafgesetzes und der geschehenen Uebertretung, mithin ein reiner Act der Gerechtigkeit. Um aber die Strafe dem Thäter zuerkennen zu können, bedurfte es einer vorausgehenden, durch ihren Zweck

und ihre Nothwendigkeit gerechtfertigten, gesetzlichen Androhung der Strafe, als eines Versuches, die Zuerkennung derselben unnöthig zu machen. Durch diese Beziehung des Strafgesetzes auf einen solchen Zweck, besonders wenn man dabei an die Warnung denkt, wird auch dasselbe so wenig entadelt, dass es vielmehr der Würde der Menschheit und des Staates weit mehr entspricht, als die, ohnediess ganz unhaltbare Idee, dass jedem Beleidiger, ohne alle vorausgehende Warnung, blos weil er beleidiget hat, nothwendig ein Uebel zugefügt werden müsse. Vielmehr müsste man es für inhuman, unpolitisch und selbst für unsittlich erklären, wenn der Staat es blos darauf ankommen lassen wollte, dass die Bürger die Rechtsordnung stören, und dann, ohne sie vorher gewarnt zu haben, seine Genugthuung darin suchte, dass er den Störern des Rechtsfriedens ein, ihrer Uebelthat entsprechendes Leiden verursachte.

Jener ganze Einwurf würde also nur diejenigen relativen Theorien treffen, welche die *Bestrafung* auf einen besonderen Zweck beziehen, mithin das Strafurtheil als einen Act der Klugheit darstellen, und den Uebertreter, in so fern sie ihn zugleich um künftiger Verbrechen willen strafen, als Mittel behandeln,

während hingegen die Androhungstheorie durch jenen Einwurf nicht berührt wird.

Hiernächst hat man

II) die *Rechtmässigkeit der gesetzlichen Androhung* der Strafe in Zweifel gezogen.

Diese ist indessen oben nachgewiesen worden (§. 14. 22.), indem gezeigt wurde, dass die Strafdrohung theils zur Erhaltung des Rechtszustandes nothwendig, theils mit den Rechten der Bürger völlig vereinbar, mithin keineswegs als eine an sich unerlaubte, und erst durch Beziehung auf einen guten Zweck zu rechtfertigende Handlung anzusehen ist; worüber ich mich deshalb hier auf die dortigen Ausführungen beziehen kann.

Das, was sonst noch dagegen angeführt wird, ist unhaltbar. Man hat nemlich

A) die Strafdrohung für eine unbefugte Einmischung des Staats in das *Innere* des Menschen erklärt; wogegen aber schon oben bemerkt worden ist, dass es dabei theils auf Verhütung äusserer, die Rechtsordnung störender Handlungen ankommt, theils die innere Freiheit der Bürger dadurch nicht beeinträchtigt wird (§. 14. a. E.).

Eben so unerheblich ist

B) der Einwand, dass der Staat, durch Bedrohung Aller mit Strafen, ein kränkendes *Misstrauen* wider die Bürger an den Tag le-

ge, und sie *sämmtlich* als *mögliche Verbrecher* betrachte. Zur Beseitigung dieses Vorwurfes könnte man zunächst anführen, dass der Staat hierbei von der allgemeinen Natur des Menschen, als eines vernünftig sinnlichen Wesens, ausgeht, und also keinen einzelnen Menschen dadurch kränkt, wenn er im Allgemeinen die Möglichkeit annimmt, dass einer oder der andere, durch Sinnlichkeit angetrieben, oder aus Unbesonnenheit, eine, den Rechtsfrieden störende Handlung begehen möchte. Auch werden alle Bürger leicht zugeben, dass es unter ihnen Einzelne gibt, gegen welche es, zur Sicherung Aller, der Strafdrohung nothwendig bedarf, so wie dass letztere, weil man die gefährlichen Individuen nicht kennt, ganz allgemein seyn muss. Ohnediess lehrt auch die Erfahrung, dass der rechtliche Bürger sich durch die allgemeine Strafdrohung nicht getroffen und gekränkt findet, sondern in ihr vielmehr eine unentbehrliche Schutzwehr gegen Beleidigungen erkennt und achtet.

Für einen der erheblichsten Zweifel wider die Androhungstheorie gilt

III) die Behauptung, dass bei derselben *Alles lediglich auf das positive Strafgesetz gestellt werde;* denn die Theorie lehre ja den Satz, dass die gesetzliche Androhung

schon allein den genügenden Rechtsgrund der Vollziehung enthalte. Also beruhe in der That *alles blos auf der Willkür des positiven Gesetzgebers.* Diess sey aber nicht nur unrichtig, sondern führe auch zu den gefährlichsten Folgen hin. Denn hiernach sey es

A) der beliebigen *Bestimmung* des Gesetzgebers überlassen, welche Handlungen als *Verbrechen* betrachtet werden sollten. Daraus würde dann folgen, dass

1) selbst die schwersten *natürlichen* Verbrechen, falls sie durch das positive Gesetz nicht verpönt seyen, *nicht* für Verbrechen gehalten, und *nicht* bestraft werden könnten; so wie

2) dass umgekehrt die *unschuldigsten Handlungen* durch blinde Willkür des Gesetzgebers mit Strafe bedroht, und dadurch *zu Verbrechen gestempelt* werden könnten.

Auf gleiche Weise sey sodann

B) auch die *Bestimmung der Strafe,* und zwar sowohl der *Strafarten*, als des *Strafmaases*, lediglich der Willkür des positiven Gesetzgebers anheim gestellt. Derselbe möge also die härtesten und grausamsten Strafen angedroht haben, so müssten solche doch in der Vollziehung als gerechte Strafen gelten, weil ja, die vorausgehende gesetzliche Androhung allein schon für hinreichend ge-

halten werde, um die Zufügung der gedrohten Strafe vollkommen zu rechtfertigen.

So scheinbar und wichtig aber dieser Einwurf, mit allen seinen Folgerungen, seyn mag, so lässt sich doch die *gänzliche Grundlosigkeit* desselben leicht nachweisen.

Der ganze Einwand beruht nemlich auf der Voraussetzung, dass die Androhungstheorie blos für den *Richter* den Grundsatz aufstelle, dass er sich, bei Beurtheilung der Uebertretungen, durch das positive Strafgesetz solle leiten lassen, dass sie hingegen die Bestimmung der zu bestrafenden Handlungen, so wie der Strafarten und des Strafmaases, lediglich der Willkür des positiven *Gesetzgebers* anheimstelle.

Diese Voraussetzung ist jedoch *durchaus unrichtig*. Vielmehr stellt die Androhungstheorie *auch für den Strafgesetzgeber allgemeine Grundsätze* auf, welche dieser bei der Strafdrohung zu befolgen verpflichtet ist, und durch welche die blosse Willkür desselben ausgeschlossen wird.

Als *oberstes Princip* für den Gesetzgeber stellt sie den Satz auf, dass jede Strafdrohung durch die Nothwendigkeit derselben zur Erhaltung des Rechtszustandes bedingt sey. Aus diesem höchsten Princip fliessen dann allgemeine Regeln für die vorhin ge-

dachten drei Hauptaufgaben der Strafgesetzgebung. Nemlich

A) für die Frage, *welche Handlungen* mit Strafe zu bedrohen, und hierdurch *für Verbrechen zu erklären seyen?* gibt jenes Princip die Regel, dass *nur strafwürdige* Handlungen, diese aber *sämmtlich* mit Strafe zu bedrohen seyen. Zugleich bestimmt sie aber die *Merkmale der Strafwürdigkeit*, indem sie hierzu erfordert, dass eine Handlung die Rechtsordnung gefährde, und dass andere Mittel zu deren möglichster Verhütung unzulänglich seyen (§. 27. 40.). Vereinigen sich diese beiden Merkmale bei einer Handlung, so erscheint sie als strafwürdig. Wenn der Gesetzgeber deshalb die Handlung mit Strafe bedroht, so legt er derselben hierdurch nicht erst die Eigenschaft der Strafwürdigkeit bei, sondern erkennt solche nur als vorhanden an, und die Handlung, welche vorher *blos strafwürdig* war, ist nun auch *strafgesetzwidrig*, oder ein *Verbrechen.*

Mag dann gleich der Gesetzgeber mitunter gegen die richtige Anwendung jener Merkmale der Strafwürdigkeit verstossen, so ist doch

1) nicht zu besorgen, dass er solche Handlungen, welche unbedingt und in höherer Maase strafwürdig sind, unbedroht lassen

werde. Auch lehrt die Erfahrung, dass dergleichen Handlungen zu allen Zeiten und allenthalben mit Strafen bedroht wurden. Die Besorgniss des Gegentheils, auf welche man jenen Zweifel gründete, ist daher aus der Luft gegriffen. Und sollte auch irgend eine natürlich strafwürdige Handlung in dem Strafgesetzbuche nicht besonders verpönt worden seyn, so würde es doch schwerlich an einer Gesetzesanalogie fehlen, vermöge deren der Richter sie zu bestrafen befugt wäre, indem man hierbei nur an die Aushülfsverbrechen des Betrugs, der Gewaltthätigkeit, der Injurie, der Entwendung und der Beschädigung denken darf. Hierdurch widerlegt sich auch das, vom Recensenten in der Jenaischen Lit.-Zeit. 1829. S. 366. in dieser Hinsicht erhobene Bedenken. Insbesondere kann man demselben nicht zugeben, dass es für die Bestrafung des, an Caspar Hauser, durch Entfernthaltung desselben von aller menschlichen Gesellschaft begangenen, Verbrechens, an einer zutreffenden Gesetzesanalogie fehlen würde, da bekanntlich Doctrin und Praxis den Begriff des Menschenraubes so sehr erweitert haben, dass jenes Verbrechen unter denselben passen dürfte [b]).

b) Mein *Lehrbuch der Strafrechtswiss.* §. 188. 189.

Gegründeter möchte freilich

2) die Besorgniss seyn, dass der Gesetzgeber, durch falsche Ansichten, oder blinde Willkür verleitet, Handlungen, welche die Merkmale der Strafwürdigkeit *nicht* an sich tragen, mit Strafe bedrohte, und sie daher unbefugter Weise zu Verbrechen ausprägte. Allein für diese Nichtachtung des, von der Androhungstheorie aufgestellten Princips der Strafwürdigkeit, kann doch die Theorie selbst nicht verantwortlich gemacht werden, da die Nichtbefolgung eines Grundsatzes der Wahrheit desselben so wenig Eintrag thut, dass vielmehr dessen Unentbehrlichkeit hierdurch nur noch in helleres Licht gestellt wird.

B) Für die Wahl der anzudrohenden *Strafarten* gibt die Theorie dem Gesetzgeber die Regel, dass er sich hierbei durch Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit der Strafübel leiten lassen solle, und belehrt ihn, durch Hinweisung auf die Natur und Erfordernisse der Strafe, als eines politisch-rechtlichen Instituts (§. 23.), über die richtige Anwendung jener Regel (§. 28.).

Die Androhungstheorie gibt dem Gesetzgeber

C) auch einen *Maasstab der Strafbarkeit*, indem sie ihn auf die Gefährlichkeit der Handlung, und des Handelnden, für die

Rechtsordnung hinweisst, und daher die Grösse der, für die verschiedenen Verbrechen anzudrohenden Strafe, keineswegs von dessen Willkür abhängig macht (§. 29.).

Wenn nun aber irgend ein Gesetzgeber diese, von der Androhungstheorie für seinen Beruf aufgestellten, Grundsätze, verkennt, oder nicht befolgt, wenn er unschuldige Handlungen für Verbrechen erklärt, wenn er unstatthafte Strafarten billigt, wenn er unverhältnissmässig harte und grausame Strafen droht (wie z. B. das Französische Sacrilegiengesetz, oder das zurückgenommene Peyronnetsche s. g. Gesetz der Liebe und Gerechtigkeit, welches die Pressfreiheit vernichten sollte, und Pressvergehen mit Geldstrafen bis zu 20000 Fr. und vieljähriger Freiheitsstrafe bedrohte), so befindet sich freilich der Richter in der harten Nothwendigkeit, dergleichen Strafgesetze anzuwenden. Allein die Androhungstheorie, welche ihm dieses zur Pflicht macht, ist doch nicht dafür verantwortlich, dass der Gesetzgeber die, von derselben über alle jene Gegenstände aufgestellten, Regeln verkannte, oder willkürlich verletzte, und sich dadurch eines Missbrauches der Strafgewalt schuldig machte. Vielmehr zeigt sich darin gerade der hohe Werth einer Theorie, welche solche Principien lehrt, deren immer allge-

meiner werdende Anerkennung die beste Garantie gegen eine, ihnen entgegenlaufende, auf blinder Willkür beruhende Strafgesetzgebung, gewährt.

Mit Recht darf ich, nach dieser Ausführung, den Vorwurf, dass bei der Androhungstheorie Alles auf das positive Strafgesetz gestellt werde, für gänzlich grundlos erklären.

Man hat ferner

IV) gegen dieselbe eingewendet, die Strafdrohung, als Mittel Verbrechen zu verhüten, *entspreche ihrem Zwecke nicht.*

Zum Beweise dieser Behauptung beruft man sich

A) auf die unbestreitbare Beobachtung, dass die Empfänglichkeit für den Eindruck der Strafdrohung bei den einzelnen Menschen unendlich verschieden sey, woraus man dann folgert, der Gesetzgeber müsse die Strafdrohung nach der *Individualität* eines Jeden einrichten, welches doch ganz unmöglich sey.

Allein, so wie die Gesetzgebung überhaupt, und in allen ihren Zweigen, nur auf das *Ganze*, auf das *Gewöhnliche*, ihr Augenmerk zu richten hat, so soll und kann sie auch insbesondere die Strafgesetze nur auf die Gesammtheit der Bürger beziehen, welche sie sämmtlich, durch die Strafdrohung von Verbrechen abzuhalten beabsichtigt. Dieses thut

der Gesetzgeber, indem er eine, dem Grade der Strafwürdigkeit einer jeden Art von Verbrechen in abstracto angemessene, Strafe androht. Hat sich dann ein Einzelner dennoch hierdurch nicht von der Uebertretung abhalten lassen, so kann er sich, durch die Berufung auf seine geringere Empfänglichkeit für den Eindruck der Strafdrohung, um so weniger von der verwirkten Strafe befreien, da er sich eben dadurch nur als um so gefährlicher darstellen würde. Man kann auch nicht etwa sagen, der Uebertreter werde nun blos darum gestraft, weil das Gesetz eine, zu dessen Abhaltung von der That unzulängliche, Strafe gedroht habe, weshalb er also nur den Fehler des Gesetzgebers büsse. Denn der Thäter war ja ohnediess schon zur Unterlassung der strafwürdigen Handlung verpflichtet, und das Strafgesetz gab ihm nur noch einen Beweggrund mehr zum gesetzmässigen Handeln, indem es ihn von der Unvermeidlichkeit eines ihn, als Uebertreter, treffenden Uebels unterrichtete. Beging er nun dennoch das Verbrechen, so liegt der Rechtsgrund seiner Bestrafung nicht darin, dass er der Strafdrohung keinen Einfluss gestattete, sondern in der Uebertretung des verkündigten Strafgesetzes.

Ein anderer Beweis der angeblichen Unzweckmässigkeit des, in der Strafdrohung liegenden Mittels zur Verhütung von Verbrechen, soll

B) darin bestehen, dass die gesetzliche Strafdrohung *häufig ihren Zweck verfehlen werde*, und, der Erfahrung zufolge, *wirklich verfehle.* Denn bei manchen Menschen sey die Stärke des sinnlichen Antriebes, die Kraft des Willens, oder auch die Gleichgültigkeit gegen die Folgen ihrer Handlungen so gross, dass selbst die Androhung der härtesten Strafen auf sie keinen Eindruck mache. Auch beweise eine jede Uebertretung des Strafgesetzes, dass der Thäter sich durch die Strafdrohung nicht habe abhalten lassen, welche eben deshalb als unzweckmässig zu betrachten sey [c]).

Bei diesem Einwande hat man jedoch

1) die, vom Staat zu lösende Aufgabe nicht richtig aufgefasst. So wie nemlich der Staat überhaupt nur die möglichst vollkommne Herrschaft des Rechts bezweckt, so kann auch insbesondere der Strafgesetzgeber nur die *möglichste Verhütung* strafwürdiger

c) Dieser Zweifel ist neuerdings geltend gemacht worden, in den *Erlanger Jahrbüchern* der jurist. Lit. B. VII. S. 186.

Handlungen zu seiner Aufgabe machen. Die *gänzliche* Verhinderung ist und bleibt ein unerreichbares Ideal. Es kann folglich dem Strafgesetzgeber nicht zum Vorwurfe gemacht werden, wenn es ihm nicht gelingt, jenes Ideal völlig zu verwirklichen, und ein Problem zu lösen, dessen Unlösbarkeit von vorn herein ausgemacht ist, dessen Lösung ihm eben daher gar nicht zur Aufgabe gemacht werden darf [d]).

Ausserdem hat man es

2) auch übersehen, dass ein Mittel nicht aufhört, ein *zweckmässiges* zu seyn, wenn es seinen Zweck *nicht ganz unbedingt und vollständig erreicht*. Auch die Erziehung, ungeachtet ihrer unmittelbareren und tieferen Einwirkung, scheitert oft an der Macht der Sinnlichkeit, und verfehlt ihren Zweck. Dennoch wird man sie nicht für ein unzweckmässiges Mittel zur Beförderung des sittlichen und rechtlichen Handelns erklären. So hört ein, im Allgemeinen als sicher erprobtes,

d) Die Behauptung, dass die Warnung des Strafgesetzgebers *meist* ihren Zweck verfehle, ist so offenbar grundlos, dass sie keiner Widerlegung bedarf. Wenn in einem wohl regierten Staate etwa 1 Verbrecher auf 1500—2000 Menschen kommt, wie sehr würde sich dieses Verhältniss ändern, wenn die Warnung durch das Strafgesetz und dessen Vollziehung wegfiele!

Arzneimittel, wenn es auch in einzelnen Fällen unwirksam bleibt, deshalb nicht auf, ein Specificum zu seyn, und der leibliche Arzt wird durch jene Beobachtung sich von der Anwendung dieses Heilmittels nicht abhalten lassen. Auf gleiche Weise sucht der Strafgesetzgeber, als Erzieher und als psychischer Arzt, durch das, im Allgemeinen als wirksam anerkannte Mittel der Strafdrohung, Verbrechen zu verhüten, wenn er gleich einsieht, dass hierdurch nicht alle Uebertretungen unmöglich gemacht werden können. Der ganze Zweifel an der Zweckmässigkeit der Strafdrohung beweisst sonach weiter nichts, als dass solche kein ganz unfehlbares Mittel ist, sondern die Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen an sich trägt. Immer bleibt es ein ganz unentbehrliches, und sehr wirksames Mittel zur Sicherung des Rechtszustandes. Ohne die wohlthätige Einwirkung des Strafgesetzes würden die sämmtlichen Quellen strafwürdiger Handlungen gewiss weit reicher fliessen, und die Rechtsordnung würde vernichtet werden.

Es ist endlich

V) gegen die Androhungstheorie bemerkt worden: wenn auch die gesetzliche Androhung der Strafe sich rechtfertigen lasse, so fehle es doch, im Falle der erfolgten Ueber-

tretung des Strafgesetzes, an einem *Rechtsgrunde für die Zufügung der angedrohten Strafe.* Denn von der Rechtmässigkeit der, mit der rechtlichen Freiheit Aller vereinbaren, blossen Drohung, gelte kein Schluss auf die Rechtmässigkeit der Bestrafung, da diese dem Uebertreter wirklich ein Uebel zufüge [e]).

Dieser Zweifel beruht indessen auf einer mangelhaften Vorstellung von dem Wesen des Strafgesetzes, indem man sich darunter theils eine leere, theils eine rein willkürliche Drohung denkt. Die gesetzliche Strafdrohung besteht aber vielmehr in der Erklärung des Gesetzgebers, dass dem Uebertreter ein gewisses Uebel durch die Gerichte, nach vorausgehender Untersuchung, werde zuerkannt, und wider ihn vollstreckt werden, wonach sie folglich keine leere Drohung ist. Auch beruht solche keineswegs auf blinder Willkür des Gesetzgebers, sondern auf bestimmten Rechtsgrundsätzen über die Strafwürdigkeit der Handlungen, über die

e) Dieser, schon oft, insbesondere auch im N. Archiv des C. R. IX. 434. und 466. widerlegte Zweifel, ist neuerdings wieder von dem Recensenten meines Lehrbuchs in der Jenaischen Litteratur-Zeitung 1829. S. 365. vorgebracht worden; *jedoch ohne alle Berücksichtigung der Gegengründe.*

Strafarten und über das Strafmaas (§. 27-31.). Ist nun die, in Gemäsheit dieser Grundsätze, durch den Sammtwillen geschehene Androhung rechtsgültig, so liegt in derselben zugleich der hinreichende Rechtsgrund der Anwendung des Strafgesetzes auf den wirklichen Uebertreter, welcher sich in die, von der Vernunft für nothwendig erklärte Rechtsordnung, nicht gefügt hat, und sich daher nicht über ein, durch die Anwendung des übertretenen Strafgesetzes, ihm widerfahrnes Unrecht beschweren kann. Um Wiederholung zu vermeiden, beziehe ich mich hierüber auf die obigen Ausführungen (§. 21. §. 39.).

Da hiernach keiner der Einwürfe, welche sich auf die Androhungstheorie, als Gattung, beziehen lassen, eine Prüfung auszuhalten vermag, so wird aus denselben auch kein Zweifel wider die Richtigkeit der Warnungstheorie, als einer Art jener Gattung, abgeleitet werden hönnen.

§. 47.

II) *Besondere Zweifel wider die Warnungstheorie.*

Ausser den, auf die Androhungstheorie, als Gattung, sich beziehenden Ausstellungen, sind auch gegen jede ihrer beiden Arten besondere Zweifel erhoben worden. Diejenigen,

welche gegen die Theorie des psychischen Zwanges gerichtet sind, finden sich oben (§. 35—39.) dargestellt. Sie werden von mir für gegründet gehalten, und überzeugten mich von der Nothwendigkeit einer Berichtigung dieser Theorie, woraus die Bildung einer eignen Warnungstheorie hervorging.

Es bedarf hier nur noch einer Darstellung und Prüfung der, in den Beurtheilungen meines Lehrbuches der Strafrechtswissenschaft, wider die *Warnungstheorie insbesondere* vorgetragenen Zweifel [a]).

Einiges hierher Gehörige ist bereits oben, wo gerade der Gegenstand eine solche Untersuchung nöthig machte oder erleichterte, genügend erörtert worden, worauf ich deshalb, um Wiederholung zu vermeiden, hinweisen darf.

I) Vor allen Dingen ist hier des Zweifels gegen die Eigenthümlichkeit und *Selbstständigkeit* der *Warnungstheorie* zu gedenken, indem diese von Manchen nur für eine modificirte, oder humanisirte Abschreckungs-

a) Ich hätte sehr gewünscht, dass mir durch eine grössere Zahl gründlicher Recensionen die erbetene Belehrung zu Theil geworden wäre. Allgemeines Absprechen, und blosses Hinweisen auf diejenige Theorie, welche ein Recensent für die allein richtige hält, bringt der Wahrheit keinen Gewinn.

theorie erklärt wurde. Der Prüfung und Widerlegung dieser Ansicht, und der genauen Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses beider Theorien ist das ganze vierte Capitel (§. 33—44.) gewidmet.

II) Wider den Satz der Warnungstheorie, dass das *Strafurtheil vom Richter nicht um eines Zweckes willen gefällt werde*, sondern nur eine *rechtliche Folge* des rechtsgültigen *Strafgesetzes* und der Uebertretung, so wie die *Vollziehung* der Strafe nur eine *rechtliche Folge* des rechtsgültigen *Strafurtheils*, mithin die Bestrafung als ein reiner Act der Gerechtigkeit anzusehen sey, erinnert ein scharfsinniger Recensent [b]), dass doch die Strafzufügung erst das Strafgesetz in seiner Totalität, d. h. mit seiner nothwendigen Folge darstelle, dass sie also zum Zweck der Verbrechenverhütung in derselben Art mitwirke, wie das Strafgesetz, mithin unter denselben Zweck falle, wie dieses, weshalb man folglich nicht sagen könne, die Strafzufügung sey ganz ohne Zweck, sondern nur, sie habe *keinen neuen Zweck.*

Dieser Bemerkung stimme ich um so mehr bei, da sie in der That mit meiner, auch schon früher geäusserten Ansicht völ-

b) *Leipz. Lit.-Zeit.* 1829. S. 610. 611.

lig übereinstimmt. So sagte ich in meinen Grundlinien des philosophischen Criminalrechts §. 4., die Strafzufügung habe „*keinen besondern Zweck.*" Und im N. Archive des Criminalrechts B. IX. S. 455. äusserte ich: der Gesetzgeber habe ohne Zweifel, bei Androhung der Strafe, zugleich deren, im Uebertretungsfall erfolgende Zufügung, als eine Bedingung der vollen Wirksamkeit des Strafgesetzes im Auge.

Da indessen die Zuerkennung der Strafe durch die Gerichte schon mit in der gesetzlichen Androhung liegt, und eigentlich das Wesen derselben ausmacht, so lässt sich für dieselbe kein eigner Zweck annehmen, sondern ihr Zweck liegt schon in dem Zwecke des Strafgesetzes. Mag nun gleich *in so fern* mit Recht bemerkt werden, dass das Richten und Strafen gleichfalls etwas Relatives, d. h. auf einen Zweck Bezogenes sey [c]), so bleibt es doch immer richtig, dass das einzelne Strafurtheil, aus dem *Standpuncte des Richters* betrachtet, nicht um eines Zwecks willen, insbesondere nicht zur Verhütung künftiger Verbrechen gesprochen wird. Viel-

c) Diess bemerkt auch der Recensent meines Lehrbuches in der *kritischen Zeitschrift für Rechtswiss.* Tüb. 1828. Bd. IV. S. 13.

mehr knüpft der Richter die Strafe, welche nur der Gesetzgeber auf die Zukunft bezieht, an eine vergangene Handlung an, und spricht sie blos als eine rechtliche Folge des Gesetzes und der Uebertretung aus (§. 21. 38. 43.).

Ist es nun gleich allerdings richtig, und auch von meiner Seite niemals verkannt worden, dass die Warnungstheorie durch die, von ihr behauptete Unabhängigkeit des Strafrichters von einer Beziehung seiner Urtheile auf einen, dadurch zu befördernden Zweck, *nicht zu einer absoluten Straftheorie wird*, da die absoluten Theorien die Strafe nicht als eine nothwendige Folge des positiven Strafgesetzes, sondern als eine nothwendige Folge des Rechtsgesetzes (oder als eine Vernunftnothwendigkeit) darstellen, so bleibt es doch immer wahr, dass die Warnungstheorie sich von allen übrigen, durchaus relativen Theorien, in zwei wichtigen Stücken unterscheidet, und gerade hierdurch den absoluten Theorien ähnlich wird. Dahin gehört

A) die Unabhängigkeit des *Strafgesetzgebers* von der Berechnung der *Grösse* der anzudrohenden Strafe *nach dem Zwecke* der Strafdrohung.

Nach allen übrigen relativen Theorien ist nicht nur die Strafdrohung an sich auf einen Zweck bezogen, sondern auch das *Strafmaas*

wird durch den *Zweck* bestimmt, insbesondere die bezweckte Besserung, Prävention, oder Abschreckung. Und dieses gilt insbesondere auch von der Theorie des psychischen Zwanges, indem diese durch die Strafdrohung die sinnlichen Triebfedern niederdrücken, durch die Furcht vor der Strafe die Lust zur That besiegen will, mithin nothwendig die Grösse der anzudrohenden Strafe, nach der Grösse des zu besiegenden Widerstandes berechnen muss.

Nach der Warnungstheorie hingegen richtet sich das Strafmaas nicht nach dem Zwecke des Strafgesetzes, sondern lediglich nach dem Grade der Strafwürdigkeit der Verbrechen, welche der Gesetzgeber nach der objectiven und subjectiven Gefährlichkeit derselben für die Rechtsordnung beurtheilt, und dann das, so ausgemittelte, derselben entsprechende Strafübel, zum Zweck der Warnung Aller, durch Gesetz androht.

Dass durch diese Freiheit des Gesetzgebers von Ausmessung der Strafe nach den Forderungen eines bestimmten Zweckes, die gesetzliche Strafe *etwas Absolutes*, d. h. nicht durch einen Zweck Bedingtes, mithin in so fern mehr die Natur einer gerechten Vergeltung annimmt, und sich in dieser Hinsicht den absoluten Theorien nähert, diess ist

eben so wenig zu verkennen, als der darin gelegene Vorzug vor andern, durchaus relativen Theorien (§. 30.).

Eine andere hierher gehörige Verschiedenheit der Warnungstheorie von den ganz relativen Straftheorien besteht

B) in der Unabhängigkeit des *Strafrichters* von der Beziehung seines *Urtheils* auf einen, durch dasselbe von ihm zu befördernden *Zweck*. Auch hierin gleicht sie den absoluten Theorien, in so weit, dass sie, gleich diesen, die Bestrafung des Uebertreters als einen reinen Act der Gerechtigkeit betrachtet, und es für eine, nicht nur die Würde der Strafrechtspflege verletzende, sondern auch zu den nachtheiligsten Folgen hinführende Ansicht erklärt, wenn der Richter angewiesen wird, sein Urtheil auf einen Zweck zu beziehen, und wenn dasselbe hierdurch die Eigenschaft einer Maasregel der Klugheit annimmt.

Nachdem so der wahre Sinn der Behauptung, dass die Warnungstheorie sich von den durchaus relativen Theorien in diesen zwei wesentlichen Stücken entferne, und sich dadurch den absoluten Theorien mehr nähere, genau erklärt und bestimmt ist, wird es sich wohl, ohne Besorgniss fernerer Missdeutung, sagen lassen, dass sie in diesem Sinne zwischen beiden Extremen, welche *Alles*, und

welche *Nichts* auf einen Zweck beziehen, eine *Mittelstrasse* halte. Vielleicht dürfte sich auch hier das in medio veritas! bewähren.

III) In einer andern Recension meines Lehrbuches (welche eben so sehr von Sachkenntniss, und Fleiss, als von Unbefangenheit ihres Verfassers zeugt, und der ich manche Belehrung verdanke [d])), sind einige Zweifel, welche sich in der That auf die Androhungstheorie überhaupt beziehen, in besonderer Hinsicht auf die Warnungstheorie vorgetragen worden, deren Prüfung deshalb hier ihre Stelle erhalten soll.

Der Recensent geht dabei von der Voraussetzung aus, dass es bei Beurtheilung des Rechtsgrundes der Strafe zunächst und hauptsächlich auf die *Strafzufügung* (auf das *feriat*), und nicht auf die gesetzliche *Strafdrohung* (auf das *moneat*) ankomme; indem das Recht zu *dieser*, aus dem Rechte zu *jener* folge, da die Androhung nur als Vorbereitung zur Bestrafung, gewissermaasen als Versuch, letztere unnöthig zu machen, anzusehen sey.

Von dieser Ansicht geleitet, tadelt er, dass die Warnungstheorie den entgegengesetz-

d) *Erlanger Jahrbücher der jurist. Litteratur.* 1828. B. VII. S. 182 – 209.

ten Weg einschlage, indem sie mit Rechtfertigung der Strafdrohung beginnt, und in deren Rechtmässigkeit den Rechtsgrund der Strafzufügung findet. Deshalb bemerkt der Recensent, diese Theorie enthalte offenbar die Schlussfolge: Strafen müssen *erkannt* und *vollzogen* werden, weil es nöthig war, durch ihre *Drohung* zu *warnen;* sie gründe also die Rechtlichkeit, der in der Bestrafung liegenden *Vollendung*, auf die Nothwendigkeit des, in der Strafdrohung liegenden *Anfangs*.

Ob dieser Tadel gegründet sey, diess hängt von der Richtigkeit jener Prämisse ab, und also von der Vorfrage: ob wirklich die Rechtmässigkeit der Straf*drohung* durch die Rechtmässigkeit der Straf*zufügung bedingt* sey?

Zum Beweise der gedachten Voraussetzung bemerkt der Recensent: die Beantwortung der Frage, ob eine Handlung *angefangen* werden dürfe, hänge von der *Rechtlichkeit* ihrer *Vollendung* ab.

Allein, abgesehen davon, dass dieser Satz eine petitio principii enthält, ist er jedenfalls auf den vorliegenden Gegenstand nicht anwendbar.

Denn es ist

1) überhaupt eine *Umkehrung des wahren Sachverhältnisses*, wenn man aus dem

Rechte, ein bestehendes Gesetz auf die vorkommenden Fälle *anwenden* zu lassen, das Recht, das *Gesetz zu geben*, ableiten will. Vielmehr ist die Rechtmässigkeit der Anwendung des Gesetzes durch das *rechtsgültige* Daseyn desselben bedingt. Die in der Warnungstheorie liegende Schlussfolge lautet daher auch nicht so: Strafen müssen erkannt werden, weil es nöthig war, durch ihre Drohung zu warnen; sondern: das rechtsgültige Strafgesetz muss angewendet werden, weil es übertreten ist. Ueberhaupt wird man niemals sagen, der Richter müsse das Gesetz anwenden, weil es nöthig gewesen sey, solches zu geben, sondern die Anwendung muss vielmehr geschehen, blos weil das Gesetz als solches besteht, und weil die Bedingungen seiner Anwendbarkeit vorhanden sind. Hiernächst dürfte es nicht zu billigen seyn, wenn

2) der Recensent das Strafgesetz und das Strafurtheil, nebst dessen Vollziehung, nur als *zwei* verschiedene *Momente*, nemlich als Anfang und Ende, einer und *derselben Handlung* der Strafgewalt betrachtet. Vielmehr sind solche, ungeachtet ihrer gegenseitigen Beziehung, *zwei ganz verschiedene* Handlungen.

Die *gesetzliche Warnung* geschieht vom Gesetzgeber, bezieht sich auf die Zukunft, auf mögliche Handlungen, bestimmt und be-

droht diese in abstracto, und hat den Zweck, solche zu verhüten.

Das *Strafurtheil* hingegen wird vom Richter gefällt, bezieht sich auf die Vergangenheit, auf wirkliche Uebertretungen, subsumirt diese unter das Strafgesetz, und hat keinen weiteren Zweck.

Jener Zweifel beruht ferner

3) auf einer unrichtigen Ansicht vom Wesen der Strafdrohung. Diese wird nemlich bei der gedachten Kritik

a) als auf *blosser Willkür* des Gesetzgebers beruhend gedacht. Gegen eine solche Strafgesetzgebung würde man freilich mit Recht bemerken: das blosse Factum einer willkürlichen Drohung vermöge die Vollziehung nicht zu rechtfertigen. Wie falsch aber eine solche Ansicht vom Strafgesetze sey, diess ist oben genügend nachgewiesen worden (§. 26—32.).

b) Man vergisst, dass die *Bestrafung schon als mit in der Drohung begriffen anzusehen ist.* Denn die Straf*drohung* enthält ja die Erklärung des Gesetzgebers, dass dem Uebertreter ein gewisses Uebel durch die hierzu bestimmten Gerichte, in den gesetzlichen Formen solle zuerkannt und wider ihn vollstreckt werden. Ist es nun bewiesen, dass der Staat zu dieser Drohung befugt, mithin

dieselbe, falls sie nur innerhalb der gehörigen Grenze geschehen, rechtmässig sey, so liegt in der Rechtsgültigkeit des Strafgesetzes zugleich schon die Rechtmässigkeit der Anwendung desselben auf den wirklichen Uebertreter. Beide verhalten sich daher auch aus diesem Grunde, nicht wie Anfang und Ende der nemlichen Handlung. Vielmehr ist die Bestrafung nur als rechtliche Folge des übertretenen Strafgesetzes zu betrachten. Ist nun die Handlung an sich (das Strafgesetz nebst den, zu dessen Vollziehung getroffenen Einrichtungen), rechtmässig, so sind es auch deren Folgen, als für welche der, zu einer gewissen Handlung Berechtigte niemals verantwortlich ist.

Es ist endlich

c) eine unrichtige Voraussetzung, wenn das moneat blos als ein Versuch, das feriat (gleichsam als das maius) unnöthig zu machen, betrachtet wird. Allerdings wünscht der Gesetzgeber der Nothwendigkeit der Bestrafung überhoben zu seyn, und hofft, dass die Strafdrohung die wirkliche Bestrafung unnöthig machen werde. Allein diess ist nicht der Grund und Zweck des Strafgesetzes. Vielmehr will er durch das moneat diejenigen Handlungen verhüten, welche das feriat zur nothwendigen Folge haben, wodurch dann,

falls es gelingt, allerdings mittelbar auch das feriat, als diese Folge, verhütet wird.

So scheint es mir überzeugend nachgewiesen zu seyn, dass keiner der, wider die Androhungstheorie überhaupt, und die Warnungstheorie insbesondere erhobenen Zweifel eine genauere Prüfung auszuhalten vermag.

Zweiter Abschnitt.

Darstellung und Beurtheilung der verschiedenen Strafrechtstheorien.

Erstes Capitel.

Von den Strafrechtstheorien im Allgemeinen.

§. 48.

I) *Begriff und Wesen einer Strafrechtstheorie.*

Eine *Strafrechtstheorie* (oder Straftheorie) besteht in Aufstellung der, aus der Vernunft erkennbaren, allgemeinsten Grundsätze und Grundbegriffe der Strafrechtswissenschaft.

Um eine richtige Vorstellung von dem Wesen einer solchen Theorie zu erlangen, muss man theils ihre *Aufgabe*, theils ihre *Quelle* untersuchen.

I) Die *Aufgabe* einer Straftheorie bedarf einer *positiven* und einer *negativen* Bestimmung, um sowohl zu zeigen, *was* sie zu

leisten hat, als was *nicht* von ihr gefordert werden kann.

A) Die von der Straftheorie zu lösende Aufgabe besteht *überhaupt* in Aufstellung einer *festen Grundlage*, worauf ein haltbares Gebäude der Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung aufgeführt werden kann. Sie soll das, im Einzelnen unendlich Mannichfaltige, auf die obersten Begriffe und Sätze, als die letzten Erkenntniss- und Bestimmungsgründe, zurückführen.

Diese allgemeine Aufgabe umfasst folgende Gegenstände und Bestandtheile einer Straftheorie:

1) Die *rechtliche Begründung der Strafgewalt.* — Die Beantwortung der Vorfrage, *ob* dem Staate diese Gewalt zukomme, und aus welchem *Rechtsgrunde* ihm solche gebühre, bildet den ersten Grundstein der Straftheorie, und bestimmt den ganzen Character derselben.

2) Die allgemeinsten *Grund-* und *Vorbegriffe* (*Urbegriffe*), insbesondere von Strafgesetz, Strafe und Verbrechen.

3) Die allgemeinsten *Rechtsgrundsätze.* Vor allen Dingen muss die Theorie *ein höchstes, selbstständiges Princip des Strafrechts*, als den allgemeinen Erkenntniss- und Bestimmungsgrund, aufstellen. Hieraus sind dann

allgemeine Grundsätze, sowohl für den Gesetzgeber als für den Richter, abzuleiten. Für den *Gesetzgeber* bestimmt die Theorie die rechtlichen Grenzen, binnen welchen die Strafgewalt auszuüben ist, indem sie ihn über die Strafwürdigkeit der Handlungen, so wie über die Wahl der Strafarten, und über das gerechte Strafmaas, belehrt. Für den *Strafrichter* stellt sie allgemeine Rechtsprincipien auf, nach welchen er die Strafjustiz auszuüben hat, und welche die Grundlage seiner Erkenntnisse bilden.

In Hinsicht der Lösung der so bestimmten Aufgaben muss aber die Straftheorie folgenden Ansprüchen genügen:

a) Sie darf sich nicht auf *einen* oder den *anderen* jener Gegenstände beschränken, wenn gleich die Aufstellung des obersten Grundsatzes des Strafrechts immer die wichtigste Aufgabe derselben ausmacht. Vielmehr ist es eine nothwendige Probe der Richtigkeit und Zulänglichkeit einer Theorie, wenn sie *allen jenen Anforderungen* vollständig entspricht.

b) Die *Straftheorie* muss die Auflösung der einzelnen Aufgaben aus *einer und derselben Urquelle schöpfen.* Nur so wird es möglich, dass die Ergebnisse derselben untereinander in dem nothwendigen *Einklange* stehen, und

dass in dem ganzen, aus der Theorie zu bildenden Systeme, Einheit und Folgerichtigkeit herrscht. Gegen diesen Anspruch verstossen manche Theorien, indem sie z. B. den Maasstab der Strafe nicht aus dem Rechtsgrunde derselben ableiten, sondern dafür ein anderes Princip aufstellen.

Es gehört ferner

c) zu den wesentlichen Erfordernissen der Straftheorie, dass sie ihren Grundgedanken, und die daraus abgeleiteten Grundbegriffe und Grundprincipien, nach *Form* und *Inhalt*, mit der grössten *Klarheit* und *Bestimmtheit* ausspreche. Nur unter dieser Voraussetzung kann sie ihrer wichtigen Bestimmung (§. 49.) entsprechen, während hingegen hohle Formeln, mystischer Schwulst, geschraubte, verwickelte Ableitung und Darstellung, Haschen nach Paradoxen, und leere Declamationen, nicht nur kein wissenschaftliches System begründen können, sondern auch als eine wahre Versündigung an der Wissenschaft und an dem Staatswohle anzusehen sind. Dass hiergegen nicht selten gefehlt wird, ist bekannt. Eben so gewiss ist es aber, dass eine Theorie, welche ihre Grundidee nicht einfach, kurz, bestimmt und klar auszusprechen vermag, schon hierdurch allein bei jedem erfahrnen Beobachter ein ungünstiges Vorurtheil,

und Zweifel wider ihre Wahrheit erregt, welche sich dann bei einer näheren Prüfung meist als wohlbegründet erproben werden.

B) Die *negative* Bestimmung der Aufgabe einer Strafrechtstheorie besteht in der *Ausschliessung* derjenigen Ansprüche, welche an eine solche Theorie *nicht* gemacht werden dürfen. Diese Bestimmung ist nöthig, damit der Straftheorie keine unstatthafte Probleme vorgelegt werden, und damit deren unterbleibende Lösung nicht als Beweis ihrer Mangelhaftigkeit angesehen wird.

Im *Allgemeinen* darf man der Straftheorie *nicht* ansinnen, dass sie nicht blos das Fundament lege, sondern auch das ganze vollständige Gebäude der Strafrechtswissenschaft aufführe; dass sie insbesondere nicht nur die Grundbegriffe und Grundsätze entwickele, sondern auch schon von vorn herein und in abstracto alle diejenigen Bestimmungen gebe, welche blos das Ergebniss einer richtigen *Anwendung* ihrer allgemeinen Grundsätze auf die, durch *Erfahrung* erkannten, concreten Verhältnisse, seyn können. Sie hat daher

1) nicht die *sämmtlichen einzelnen Arten strafwürdiger Handlungen* zu bestimmen. Vielmehr genügt es, wenn sie den Begriff und die Merkmale der Strafwürdigkeit aufstellt, und dadurch den Gesetzgeber in

den Stand setzt, hiernach zu beurtheilen, ob eine gewisse Handlung überhaupt, oder nach den besonderen Verhältnissen seines Staats, zur Bedrohung mit Strafe geeignet sey (§. 27.).

2) Die Straftheorie hat nicht zu bestimmen, dass *gewisse Strafarten*, entweder überhaupt, oder für eine gewisse Art von Verbrechen, allein und ausschliesslich zulässig seyen. Sie entspricht allen Anforderungen, wenn sie die Natur der Strafe, als eines rechtlich politischen Instituts, entwickelt, und allgemeine Regeln über die Wahl der Strafarten aufstellt (§. 28.). Es ist endlich

3) nicht ihre Aufgabe, für *jede Art* der strafwürdigen Handlungen in abstracto, und für *jedes einzelne* Verbrechen in concreto, ein genau bestimmtes *Strafmaas*, als allgemein nothwendig, anzugeben. Vielmehr erfüllt sie ihre Bestimmung, wenn sie den allgemeinen Maasstab der Strafbarkeit aufstellt, und Regeln für dessen richtige Anwendung auf die einzelnen Verbrechen gibt (§. 29-31.).

Wenn dann der Gesetzgeber entweder bei Anwendung dieser allgemeinen Regeln (1—3) auf die, aus der Erfahrung zu schöpfenden Verhältnisse, irrt, oder sich willkürlich von denselben entfernt [a]), so hat solches die Theorie nicht zu verantworten.

a) So bedroht z. B. ein in dem Nordamerikanischen

Forscht man hiernächst

II) nach der *Quelle*, woraus die Straftheorie abzuleiten ist, so besteht diese unstreitig in dem *Vernunftrechte.* Dieses allein vermag das, aus der Erfahrung erkannte Mannichfaltige, auf Einheit zurückzuführen, und allgemeine Rechtsprincipien aufzustellen. Eine geschichtliche Ableitung würde theils die verschiedenartigsten Strafsysteme darstellen, theils den Mangel bestimmter Straftheorien nachweisen, theils den grossen Einfluss empirischer Verhältnisse auf die positive Gesetzgebung zeigen. Ueberhaupt würde aber die, an sich so interessante und verdienstliche, historische Entwickelung, dadurch aus ihrer eigenthümlichen Sphäre entrückt.

Bei der philosophischen Begründung der Theorie darf jedoch die *Erfahrung* nicht unbeachtet bleiben. Die möglichst ausgebreitete Kenntniss älterer und neuerer Strafgesetzgebungen, die Dogmengeschichte des Criminalrechts, und eine reiche practische Erfahrung, erleichtern die philosophische Forschung, liefern Probleme für die Untersuchug, und Stoff für die Anwendung, verhindern

Freistaate *Georgia* im Jahre 1829 gegebenes Gesetz denjenigen mit Leibesstrafe, welcher einen Schwarzen lesen oder schreiben lehrt.

Einseitigkeit der Ansicht, belehren über die Mängel und Folgen der verschiedenen Theorien, und zeigen sich um so nothwendiger, je mehr die Beobachtung lehrt, dass die, ohne diese wichtigen Hülfsquellen aufgestellten, blos speculativen Strafsysteme, meist als ganz unhaltbare und unbrauchbare Theorien erscheinen. Immer bedarf es aber eines allgemeinen Maasstabes für die Beurtheilung des historischen Stoffs, und diesen vermag blos die Philosophie des Strafrechts zu geben. Nur sie kann eine, mit Festigkeit, Klarheit, Bestimmtheit und organisher Einheit ausgestattete, allgemeine Straftheorie aufstellen.

§. 49.

II) *Nothwendigkeit einer Straftheorie.*

An der unbedingten Nothwendigkeit einer Strafrechtstheorie können nur diejenigen zweifeln, welche in dem Strafrechte blos ein Aggregat willkürlicher Satzungen finden, und, ohne Ahnung höherer Forderungen, ihre Vernunft unter den Glauben an die positiven Strafgesetze gefangen geben.

Eine philosophische Straftheorie ist nöthig

1) für die *Wissenschaft* des Strafrechts. Ohne ein höchstes Grundprincip gibt es keine Wissenschaft, keine Zurückführung des Man-

nichfaltigen auf Einheit, keine Verknüpfung der einzelnen Lehren zu einem harmonischen Ganzen; ohne dasselbe fehlt es an einem unentbehrlichen Canon für die Beurtheilung der Rechtmässigkeit und Zweckmässigkeit bestehender Strafgesetze, und es ist also auch keine Philosophie des positiven Strafrechts möglich, durch welche doch die Wissenschaft mehr Leben und Interesse erhält, und welche den denkenden Rechtsgelehrten von dem blossen Gesetzkundigen unterscheidet.

2) Auch die *Gesetzgebung* bedarf einer Straftheorie. Ohne diese würde es ihr an einer sichern Grundlage, an Haltung, Einheit und Folgerichtigkeit fehlen; es würde ihr an allgemeinen Normen für die Strafwürdigkeit der Handlungen, so wie für die Strafarten und das Strafmaas gebrechen; das Strafgesetzbuch würde mithin nur eine äussere Zusammenstellung sehr verschiedenartiger, rein willkürlicher, und daher schwankender, Bestimmungen enthalten. Endlich ist

3) auch die gehörige *Auslegung*, so wie die richtige, sichere und gleichförmige *Anwendung* der Strafgesetze durch eine, ihnen zum Grund gelegte Straftheorie, bedingt. Nur bei einem solchen Strafgesetzbuche, das auf allgemeinen, festen Grundsätzen beruht, und diese durch den Inhalt seiner Vorschriften

offenbart, ist es möglich, in den Geist der Legislation einzudringen, die gesetzlichen Bestimmungen diesem Geiste gemäs auszulegen und anzuwenden, die Lücken der Gesetze durch eine, stets ausreichende Rechtsanalogie, zu ergänzen, und die Strafe, so weit solche im Gesetz unbestimmt gelassen wurde, nach dem, vom Gesetzgeber gebilligten Maasstabe, zuzumessen. Nur die Aufstellung allgemeiner Grundsäte schützt die wichtigsten Güter der Bürger gegen den Einfluss wechselnder, individueller Ansichten der Strafgerichte, und gegen Richterwillkür. Auch dient die Straftheorie zur Vergleichung des philosophischen Rechts mit dem positiven Rechte, führt so zur Hervorhebung der Stücke, worin dieses von jenem abweicht, so wie zur Erforschung der Gründe solcher Abweichungen.

Während hiernach die unentbehrliche Nothwendigkeit und der grosse Nutzen einer Straftheorie durchaus nicht zu bezweifeln sind, bedarf es wohl kaum der Bemerkung, dass man auf der andern Seite sehr irren würde, wenn man wähnte, dass die philosophische Straftheorie *allein* schon *hinreiche*, und dass sie die Stelle einer positiven Strafgesetzgebung, so wie eines ganzen Systems der Strafrechtswissenschaft vertreten könne. Dieser Wahn muss alsbald vor der so nahe liegenden Beob-

achtung verschwinden, dass die richtige Anwendung der Theorie von sehr vielen empirischen Verhältnissen abhängt. Eben so unrichtig würde es ferner seyn, wenn man irgend einer positiven Strafgesetzgebung eine gewisse, ihr vielleicht ganz fremd seyende, Straftheorie, als Grundlage, willkürlich *unterschieben* wollte, anstatt nur nachzuweisen, von welchen Principien die Gesetzgeber ausgingen, und in wie fern die eine oder die andere Straftheorie ihnen, mehr oder weniger dunkel, vorschwebte.

Dergleichen unverkennbar irrige Vorstellungen von der Bestimmung einer philosophischen Straftheorie können die Nothwendigkeit derselben nicht zweifelhaft machen. Bedürfte es aber, nach den obigen Bemerkungen, doch noch eines weiteren Beweises der Unentbehrlichkeit einer Straftheorie, so würde die Geschichte der Strafgesetzgebung und der Strafrechtswissenschaft solchen auf die überzeugendste Weise liefern.

§. 50.

III) *Möglichkeit einer Straftheorie.*

Die Aufstellung einer philosophischen Strafrechtstheorie ist nicht nur nothwendig, sondern auch *möglich*. Ihre Möglichkeit be-

ruht auf dem unbestreitbaren Daseyn einer Rechtsgesetzgebung der Vernunft, und des darauf gegründeten Vernunftrechts (philosophischen Rechts, Naturrechts), insbesondere des natürlichen Staatsrechts. Da nun das Verhältniss des Staats zu den Störern der Rechtsordnung eins der wichtigsten Rechtsverhältnisse ist, und die Bestimmung desselben zu den nothwendigsten Aufgaben des philosophischen Staatsrechts gehört; so lässt sich nicht bezweifeln, dass solches auch diese Aufgabe zu lösen vermag, indem man ohne diese Voraussetzung seine Wirklichkeit in Abrede stellen müsste. Den besten Beweis der Möglichkeit einer Straftheorie liefert die wirkliche Aufstellung derselben. Da ich nun im ersten Abschnitte dieser Schrift die Warnungstheorie aufgestellt, und, meiner Ansicht nach, gezeigt habe, dass diese allen den Anforderungen, welche an eine Strafrechtstheorie zu machen sind (§. 48.), völlig entspricht; so glaube ich auf diese Weise durch die *Wirklichkeit* den überzeugendsten Beweis der *Möglichkeit* einer solchen Theorie geliefert zu haben. Und gerade hierin liegt der Grund des Plans, nach welchem ich erst im gegenwärtigen Abschnitt die Möglichkeit einer Theorie untersuche, während sonst von dieser Untersuchung der Anfang zu machen seyn würde.

Gleichwohl sind, seit den ersten Versuchen, ein philosophisches Strafrecht aufzustellen, mancherlei *Zweifel* gegen die Möglichkeit desselben erhoben worden. So sagt z. B. *Kleinschrod* [a]): „Verbrechen und Strafen sind nach meinem Urtheile *blos positive* Einrichtungen und Begriffe. Welche Handlungen unter Strafe zu verbieten, mit welchen Ahndungen Missethaten zu belegen seyen, lässt sich a priori nicht erweisen. Hierüber gibt die Erfahrung, Kenntniss des Menschen und der Welt, und die Verfassung der Staaten die beste Aufklärung. Also möchte ich fast behaupten, dass es kein reines Criminalrecht gebe, u. s. w."

Es ist daher nöthig, die Zweifel wider die Möglichkeit einer Straftheorie zu prüfen. Die Unhaltbarkeit der Zweifel wird sich aber am bündigsten dadurch nachweisen lassen, dass man die *Quellen* derselben aufsucht.

Zu den Quellen jener Zweifel gehört

I) zunächst die Ansicht derer, welche überhaupt die *Wirklichkeit des Vernunftrechts bestreiten*, mithin folgerichtig auch kein philosophisches Strafrecht annehmen.

a) *Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts.* Th. III. S. 253.

Das Irrige dieser Meinung zu zeigen, und die Realität des Naturrechts darzuthun, kann jedoch nicht die Aufgabe gegenwärtiger Schrift seyn. Ich beziehe mich deshalb auf die Werke über das Naturrecht [b]), und habe es hier also nur noch mit denjenigen zu thun, welche zwar von der Wirklichkeit des Vernunftrechts, insbesondere auch des philosophischen Staatsrechts, überzeugt sind, dennoch aber die Möglichkeit eines philosophischen Strafrechts bezweifeln.

Eine andere Quelle jener Zweifel besteht

II) in der Beobachtung, *dass die ältern Criminalisten kein höchstes Princip aufstellten.* Während einer langen Reihe von Jahrhunderten begnügte man sich mit der, aus dem menschlichen Gefühl abgeleiteten Vorstellung, dass die Strafe als eine nothwendige Folge einer jeden Uebelthat anzusehen sey, und bestrafte die Uebelthäter, ohne zu fragen, ob, und aus welchem Grunde, man hierzu berechtigt, und wo die Grenze des Strafrechts sey. Diese gänzliche Sorglosigkeit in Erforschung des Rechtsgrundes aller Strafe wird um so auffallender, wenn man den Aufwand von Scharfsinn und Fleiss erwägt, wo-

b) Mein *Lehrbuch des Naturrechts* §. 9. und die daselbst angeführten Schriften.

mit die unbedeutendsten, mitunter auf längst verschwundene Verhältnisse sich beziehenden, Fragen des Civilrechts untersucht wurden. Zum Theil erklärt sich diese Erscheinung aus dem grossen Einflusse des Römischen Rechts auf den Bildungsgang der Deutschen Rechtswissenschaft, und aus der Beobachtung, dass bei den Römern das philosophische Staatsrecht, und insbesondere auch das Criminalrecht, bei weitem nicht so ausgebildet war, wie das Privatrecht.

Erst als die Philosophie überhaupt mit neu belebtem Eifer bearbeitet wurde, und nun auch bei vielen Rechtsgelehrten Eingang fand, wendete man die, hierdurch dem natürlichen Staatsrecht gewordenen Aufklärungen, auf das Strafrecht an, befreite sich von den Fesseln des Glaubens an das blos Positive, und forschte nun nach den Gründen und Grenzen der Strafgewalt. Aus diesen Bestrebungen der philosophischen Rechtsgelehrten, ein höchstes Princip des Strafrechts aufzufinden, entstanden nun mancherlei Straftheorien, welche gerade durch ihre Verschiedenheit eine grössere Vielseitigkeit der Prüfung erzeugten, und eine ganz andere Behandlungsweise unsrer Wissenschaft hervorbrachten.

Hiermit steht dann

III) eine weitere Ursache des Zweifels an der Möglichkeit eines allgemeinen, natürlichen Strafrechts in Verbindung, nemlich die *grosse Mannichfaltigkeit* der *Strafgesetzgebungen* verschiedener Zeiten und Völker. Schon bei der oberflächlichsten Kenntniss derselben wird man finden, dass sie sowohl in Hinsicht der, mit Strafe bedroheten Handlungen, als der Strafarten, und des Strafmaases, wesentlich von einander abweichen. Man darf in dieser Hinsicht nur dasjenige nachlesen, was *Welker* [c]) über die Gesetze der wichtigsten Völker des Alterthums, insbesondere der Hebräer, Aegyptier, Perser, Griechen und Römer zusammengestellt hat. Vergleicht man dann hiermit die Strafgesetze der cultivirtesten neueren Nationen, insbesondere der Deutschen, der Engländer und der Franzosen, und diese wiederum unter sich, so wird man sich überzeugen, dass unter ihnen in allen jenen Rücksichten die grösste Verschiedenheit herrscht. Hierdurch wird man aber leicht dahin gebracht werden, die Aufstellung eines allgemeingültigen höchsten Grundsatzes des Strafrechts für unmöglich zu halten, und jene Verschiedenheit, als einen si-

c) *Ueber die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe.* S. 270—590.

chern Beweis dieser Unmöglichkeit gelten zu lassen.

Allein jene grosse Mannichfaltigkeit der positiven Gesetzgebungen erklärt sich theils aus dem wichtigen Einflusse, welchen Clima, Volkscharacter, Sitten, Religion, Bildung, Staatsverfassung und Zeitumstände auf die Strafgesetzgebung in viel höherer Maase ausüben, als auf die übrigen Zweige der Legislation; theils aus der niedrigen Stufe der Bildung, auf welcher früherhin das philosophische Staatsrecht stand; theils endlich aus der Anhänglichkeit an das Altherkömmliche, und aus der Gewohnheit beschränkter Gesetzgeber, sich zu sehr nach Zeit und Umständen zu richten, oder auch blos den Eingebungen der Willkür zu folgen. Anstatt also aus dieser Erscheinung Zweifel an der Möglichkeit einer Straftheorie zu entlehnen, entspringt daraus vielmehr ein neuer Beweis der dringenden Nothwendigkeit einer solchen Theorie, um der Strafgewalt die gehörigen Grenzen zu setzen, den Bürgern Schutz gegen Willkür zu gewähren, und eine gerechte Strafgesetzgebung möglich zu machen.

Eine sehr nahe liegende Veranlassung zum Bezweifeln der Möglichkeit einer haltbaren Straftheorie besteht

IV) in der *grossen Zahl* und *wesentlichen Verschiedenheit der*, seit dem Beginn der philosophischen Behandlung des Criminalrechts, aufgestellten *Straftheorien.* Aus der Beobachtung einer solchen Mannichfaltigkeit müssen nothwendig dergleichen Zweifel um so leichter entspringen, da einestheils die Unhaltbarkeit mancher dieser Theorien klar vorliegt, anderntheils es sich nicht verkennen lässt, dass jede einzelne Straftheorie irgend etwas Wahres enthält, wodurch sie sich ihren Bekennern empfiehlt, und das Urtheil besticht. So ist es z. B. nicht zu leugnen, dass die Zufügung der Strafe bessernd, zuvorkommend, abschreckend wirken, und auch wohl den idealen Schaden wenigstens zum Theil gut machen kann.

Wenn jedoch die Rechtsphilosophen ihr Ziel — die Auffindung eines höchsten Princips des Strafrechts — auf verschiedenen Wegen zu erreichen suchten, und dabei auch wohl auf Abwege geriethen, so ist diess nur der gewöhnliche Gang bei Untersuchung schwieriger Probleme. Selbst dergleichen misslungene Versuche tragen mit zur Förderung der Wahrheit bei, und dürfen jedenfalls den redlichen Forscher so wenig zur Verzweiflung bringen, dass er darin vielmehr einen neuen Antrieb zur Erstrebung des vorgesteckten

Zieles finden muss. Dass aber jede der verschiedenen Straftheorien irgend etwas Wahres hat, diess beweisst nicht, dass sie sämmtlich, ihrer Hauptidee nach, wahre Theorien seyen, und daher nebeneinander bestehen könnten. Vielmehr erklärt sich jene Erscheinung daraus, dass die Vortheile, welche die Strafzufügung haben kann, entweder nicht als deren Rechtsgrund und Zweck, sondern nur als eine daraus entspringende nützliche *Folge*, oder doch nur als ein, unter Umständen, mit zu beachtender *Nebenzweck* anzusehen sind (§. 19. 20.).

Die scheinbarsten Zweifel wider die Möglichkeit einer Straftheorie entspringen endlich

V) aus *unrichtigen Vorstellungen von derjenigen Aufgabe, welche eine solche Theorie zu lösen hat.* Denn wenn man ihr Probleme zu lösen gibt, deren Unlösbarkeit evident vorliegt, so führt diess folgerichtig zu der Behauptung, dass das Bestreben, eine befriedigende Theorie aufzustellen, stets fruchtlos bleiben müsse.

Zu den, aus dieser Quelle entsprungenen Zweifeln gehört nun

A) der, zunächst nur gegen die Androhungstheorie gerichtete Einwurf, dass die Strafdrohung sehr oft ihren Zweck verfehle, mithin die ihr gesetzte, in gänzlicher Verhü-

tung strafwürdiger Handlungen bestehende Aufgabe, nicht befriedigend löse. Man kann indessen diesen Einwurf zugleich auf die sämmtlichen relativen Theorien beziehen, indem es gewiss ist, dass keine ihren Zweck stets sicher erreichen wird.

Es ist jedoch bereits oben gezeigt worden, dass die Aufgabe für die Strafgewalt nur in *möglichster* Verhütung der Verbrechen besteht, und dass selbst das zweckmässigste Mittel nicht selten fruchtlos bleibt, hierdurch aber nicht aufhört, *zweckmässig* zu seyn. (Man vergleiche §. 46. B.). Vorzüglich ist aber

B) in der neuesten, diesem Gegenstande gewidmeten Schrift von *Hepp* [d]), die Möglichkeit einer genügenden Strafrechtstheorie von dieser Seite bestritten worden.

Hepp geht hierbei von der Voraussetzung aus, dass die Aufgabe der philosophirenden Vernunft in Aufführung eines festen und siche-

d) F. C. T. Hepp *Kritische Darstellung der Strafrechtstheorien, nebst einem Versuche über die Möglichkeit einer strafrechtlichen Theorie überhaupt.* Heidelberg 1829. S. 125 ff. Der schon durch seine criminalistischen Versuche vortheilhaft bekannte Verfasser dieser interessanten Schrift hat seine schriftstellerische Laufbahn auf eine Weise begonnen, die zu den schönsten Erwartungen berechtigt.

ren Gebäudes des Strafrechts bestehe (S. 126.), und dass die Straftheorie theils die sämmtlichen einzelnen zu strafenden Handlungen, theils für jede derselben das Strafmaas, theils endlich die Strafarten, und zwar alles dieses mit Allgemeinheit und Nothwendigkeit, zu bestimmen habe (S. 156 f. 166 f. 171 f.). Hiernach würde also das, von der Straftheorie zu lösende Problem, in Aufstellung eines vollständigen, in allen seinen einzelnen Theilen aus Vernunftnothwendigkeit hervorgegangenen, und daher für alle Völker und für alle Zeiten passenden, Systems des Strafrechts bestehen.

Wäre dieses wirklich die Aufgabe des philosophischen Strafrechts, so müsste man allerdings auf dessen Aufstellung verzichten, da die Unauflösbarkeit eines solchen Problems so klar vorliegt, dass sie durchaus keines Beweises bedarf. Denn der Stoff, welcher unter die, von der Straftheorie aufgestellten, allgemeinen Begriffe und Sätze, zu subsumiren ist, kann nur aus der Erfahrung geschöpft werden; er ist eben daher so unendlich mannichfaltig und zufällig, und steht so sehr unter dem Einfluss der besondern, meist sehr wandelbaren Verhältnisse eines jeden Volkes und einer jeden Zeit, dass es durchaus unmöglich ist, für denselben in abstracto ge-

naue Bestimmungen zu geben, und diese als nothwendig und allgemein geltend darzustellen. Sehr wahr bemerkte schon der Rechtsgelehrte *Sextus Caecilius* gegen den Philosophen *Phavorinus:* „Non ignoras, legum *opportunitates* et medelas pro *temporum moribus*, et pro *rerum publicarum generibus*, ac pro utilitatum *praesentium* rationibus, proque *vitiorum*, quibus medendum est, fervoribus, *mutari atque flecti, neque uno statu consistere*, quin, ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus *varientur* [e]."

So ganz klar dieses vorliegt, eben so einleuchtend ist es aber zugleich, dass es nicht die Aufgabe einer philosophischen Straftheorie seyn kann, ein vollständiges, in allen seinen Theilen vollendetes Gebäude der Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung aufzuführen. Vielmehr soll die Theorie nur die *Grundlagen* liefern, auf welchen dann der Gesetzgeber ein haltbares Gebäude aufzuführen vermag, und ihm die Regeln geben, nach welchen er den, aus der Erfahrung zu schöpfenden Stoff, zu beurtheilen hat. Das Strafgesetzbuch muss dann die Anwendung der obersten Grundsätze auf die besonderen, von Aussen sich gebenden Verhältnisse ent-

e) *A. Gellius noct. attic.* XX, 1, 22.

halten, welche Anwendung nicht mehr in speculativem Denken und in Entwickelung der Grundidee, sondern nur in Subsumtion, mithin in einer Verstandesthätigkeit besteht. Wenn der Gesetzgeber hierbei stets die Vernunft und die Erfahrung zugleich beachtet, so wird seine Gesetzgebung sowohl die Probe der Gerechtigkeit, als der Klugheit bestehen.

Es zeigt sich hierbei recht auffallend, wie nothwendig es ist, der ganzen Untersuchung über die Möglichkeit einer Straftheorie, eine richtige und genaue Bestimmung des, von einer solchen Theorie zu lösenden Problems, vorauszuschicken. Da nun oben (§. 48.) diese Aufgabe, sowohl positiv, als negativ bestimmt worden ist, so kann ich mich hierauf beziehen, und es ist deshalb nicht weiter nöthig, die, aus unstatthaften Ansprüchen an die Straftheorie entspringenden Zweifel gegen die Möglichkeit der Aufstellung einer solchen Theorie nochmals im Einzelnen zu prüfen.

Die hier gelieferte Nachweisung der verschiedenen Quellen der, wider die Möglichkeit eines philosophischen Strafrechts, erhobenen Zweifel, in Verbindung mit der oben dargestellten und gehörig begründeten Warnungstheorie, dürften als die beste Widerlegung aller jener Zweifel anzusehen seyn.

§. 51.

IV) *Gattungen und Arten der Straftheorien:*
A) *Allgemeine Gesichtspuncte.*

I) Seit dem Beginn der philosophischen Behandlung der Strafrechtswissenschaft, haben sich nach und nach viele und *sehr verschiedene Straftheorien* gebildet. Finden sich nun gleich darunter manche, gegen die sich in der neuesten Zeit die meisten Stimmen erklärt haben, während anderen eine sehr ausgebreitete Anerkennung geworden ist, so herrscht darüber doch immer noch eine sehr grosse Meinungsverschiedenheit.

II) Die *Hauptquellen* dieser Mannichfaltigkeit der Ansichten sind: theils unbestimmte Ansichten vom Wesen des Rechts und des Staats überhaupt; theils unrichtige Vorstellungen von der Aufgabe, welche die Staatsgewalt zu lösen hat (§. 5.); theils die Hintansetzung der Rechtsgesetze, durch deren Unterordnung unter die Regeln der Klugheit; theils der Mangel der unentbehrlichen legislativen, doctrinellen und lebendigen Erfahrung, und die, aus diesem Mangel hervorgehende Einseitigkeit, und Beschränkung, auf müssige Speculationen; theils endlich das Uebersehen der so nothwendigen Unterscheidung zwischen der Strafdrohung und der Bestra-

fung (zwischen Strafgesetz und Strafurtheil), so wie zwischen dem Strafzweck, und den nützlichen Folgen, welche aus der Strafzufügung entspringen können (§. 20.). Auch möchte wohl das Bestreben, neu und originell seyn zu wollen, auf die Entstehung abweichender Ansichten Einfluss gehabt haben.

III) Die genaue *Kenntniss* der verschiedenen Straftheorien ist ganz unentbehrlich, und gehört zu wesentlichen Bedingungen eines gründlichen Studiums der Strafrechtswissenschaft, so wie der Philosophie der positiven Strafgesetze. Sie verhindert Einseitigkeit der Ansichten, macht eine richtige Beurtheilung der verschiedenen Theorien möglich, dient zur sicherern Begründung der eignen Ansicht, und erleichtert die gehörige Würdigung des Einflusses einer jeden Theorie auf die Gesetzgebung und die Doctrin, sowohl hinsichtlich ganzer Lehren des Strafrechts, als mancher einzelnen Streitfragen.

Diese Rücksichten erlaubten es daher auch nicht, die gegenwärtige Schrift auf die Begründung und Entwickelung der, von mir aufgestellten Warnungstheorie, zu beschränken, sondern machten es nöthig, eine Darstellung und Beurtheilung sämmtlicher übrigen Theorien damit zu verbinden.

IV) Die, auf Erreichung der eben bemerkten Zwecke berechnete Darstellung und Kritik der verschiedenen Straftheorien, ist, hinsichtlich der Quelle, *keine rechtsgeschichtliche,* sondern eine *philosophische.* Ihre Aufgabe besteht nicht in Untersuchung der Vorstellungen, von welchen die Gesetzgeber der verschiedenen Völker und Zeiten geleitet wurden. Denn zunächst ist es gewiss, dass die früheren Gesetzgeber nicht von einem höchsten Grundsatze des Strafrechts ausgingen; wie denn insbesondere das Römische Recht Belege für die meisten und die verschiedenartigsten Straftheorien liefert. Und wenn es gleich nicht zu verkennen ist, dass die Grundidee der einen oder andern Theorie diesem oder jenem älteren Gesetzgeber, ohne sich derselben bestimmt und klar bewusst zu seyn, vorschwebte, und auch wohl, wenigstens theilweise, mit vielleicht unbewusster Folgerichtigkeit, angewendet wurde; so kann doch die historische Erforschung dieser Thatsache nicht zu den Aufgaben der philosophischen Untersuchung über die letzten Gründe des Strafrechts gehören. Hierdurch soll jedoch keineswegs der unverkennbare Nutzen, welchen eine rechtsgeschichtliche Entwickelung und die Darstellung der, aus der steten Wechselwirkung der verschiedenen Mutterrechte hervorgegangenen

allgemeineren Ergebnisse, selbst für die philosophische Erörterung gewährt, in Zweifel gezogen werden. Vielmehr muss man es auch in dieser Hinsicht sehr bedauern, dass jener Theil der Rechtsgeschichte, besonders was das Germanische Recht betrifft, noch beinahe gar nicht bearbeitet ist [a]).

Nach dem Zweck der gegenwärtigen Schrift, kann solche, bei Darstellung der Straftheorien, nur Hindeutungen auf solche, in den Quellen des gemeinen Strafrechts vorkommende Vorschriften und Aeusserungen enthalten, welche einer oder der andern jener Theorien entsprechen.

V) Um zu einer klaren Kenntniss und richtigen Würdigung der Straftheorien zu gelangen, bedarf es vor allen Dingen einer gehörigen *Classificirung* derselben, durch Zerlegung in ihre Gattungen, Arten und Unterarten, nach ihren characteristischen Verschiedenheiten. Diese erleichtert die Uebersicht, bezeichnet den eigenthümlichen Character einer jeden Theorie, erlaubt eine Vergleichung derselben, und macht es möglich, deren ge-

a) Einzelne Materialien finden sich besonders bei *Welker* a. a. O. S. 270 ff. *A. Schweppe Römische Rechtsgeschichte und Alterthümer.* 2. Ausg. Gött. 1826. §. 598—641. *Jac. Grimm Deutsche Alterthümer.* Gött. 1828.

nerische und specifische Mängel und Vorzüge abgesondert und bestimmt ins Auge zu fassen.

Während die früheren Schriften die einzelnen Theorien entweder nur aufzählten, oder doch nur nach ihren Hauptgattungen unterschieden, machte ich den ersten Versuch einer richtigen und vollständigen Classification sämmtlicher Straftheorien [b]). Diese wurde von Seiten mehrerer Criminalisten gebilligt [c]). Nach nochmaliger genauer Prüfung, und mit einigen Verbesserungen, scheint sie mir richtig und ihrem Zwecke entsprechend zu seyn [d]). Es finden sich jedoch unter den einzelnen Theorien welche, denen es an genügender Bestimmtheit fehlt, weshalb deren richtige Einordnung in eine gewisse Classe unsicher ist. Während dieser Umstand immer schon wider die Eigenthümlichkeit und Haltbarkeit einer solchen Theorie Zweifel erregt, kann

b) Meine *Grundlinien des philosophischen Criminalrechts.* Gött. 1825. §. 9 ff. Verbessert in meinem *Lehrbuch der Strafrechtswiss.* §. 23 ff. und in meiner *Abhandlung im N. Archiv des Crim. R.* B. X. S. 430.

c) Z. B. *Abegg System der Criminalrechtswissenschaft.* Königsb. 1826. S. 20. *Zum Bach Ansichten und Bemerkungen über Hauptgegenstände des Strafrechts.* S. 1 ff.

d) Vom *theocratischen* Strafsystem, so wie von Strafen als *Rache*, kann in einer Classificirung der philosophischen Straftheorien nicht die Rede seyn.

man dieselbe nur unter diejenige Classe bringen, der sie ihrer Hauptidee nach anzugehören scheint.

VI) Bei Beurtheilung der einzelnen Gattungen und Arten der Straftheorie ist vorzüglich darauf Rücksicht zu nehmen, ob *durch sie die*, oben (§. 48.) bemerkten *Aufgaben einer Straftheorie, auf eine befriedigende Weise gelösst werden*, indem hierin gerade der sicherste Prüfstein ihrer Wahrheit und Brauchbarkeit besteht [e]).

e) Zu den allgemeineren Schriften, welche eine Darstellung und Prüfung mehrerer Straftheorien enthalten, gehören besonders folgende: *Feuerbach Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des posit. peinl. Rechts.* Th. I. *Derselbe über Strafe als Sicherungsmittel.* Chemn. 1800. *Grolman über die Begründung des Strafrechts.* Giessen 1799. *Welker die letzten Gründe von Recht, Staat u. Strafe.* S. 189 ff. *G. E. Schulze Leitfaden d. Entwicklung d. philosophischen Principien des bürgerl. u. peinlichen Rechts.* Gött. 1813. §. 234 ff. *A. S. Oersted über die Grundregeln der Strafgesetzgebung.* Kopenhagen 1818. S. 13 ff. *E. Henke Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik.* Th. I. Berl. u. Stett. 1823. S. 30 ff. (Vergl. auch dessen Schrift *über den Streit der Strafrechtstheorien.* Ein Versuch zu ihrer Versöhnung. Regensb. 1811. u. a. m.). *H. Escher vier Abhandlungen über Gegenstände des Strafrechts.* Zürich 1822. S. 43 ff. *K. H. L. Pölitz die Staatswissenschaften* u. s. w. Th. I. §. 47-58. *J. G. A. Wirth Handbuch der Strafrechtswiss.* Breslau 1823. B. I. Abthl. I. S. 80 ff. *C. C. Collmann die Lehre vom*

§. 52.

B) *Classificirung der Straftheorien.*

Sämmtliche Strafrechtstheorien lassen sich auf zwei Hauptgattungen, nemlich die reinen und die gemischten Theorien, zurückführen.

I) *Reine* (*einfache*) Theorien sind solche, die durchaus und allein auf der nemlichen

Strafrechte. Leipz. 1824. S. 1 ff. *H. R. Stöckhardt die Wissenschaft des Rechts oder d. Naturrecht.* Leipz. 1825. S. 265 ff. Meine *Grundlinien des philos. Criminalrechts.* Gött. 1825. §. 9 ff. *C. S. Vening Disp. qua exponuntur diversae de fine poenarum sententiae.* Groningae 1826. *A. F. C. van Trojen D. de iure puniendi.* Groning. 1827. (250 Seiten in 8.). *C. Trummer zur Philosophie des Rechts, und insbesondere des Strafrechts.* Hamb. 1827. S. 82 ff.

C. A. Zum Bach Ansichten und Bemerkungen über Hauptgegenstände des Strafrechts. Berlin 1828. S. 1—42. *C. F. Hepp kritische Darstellung der Strafrechtstheorien.* Heidelberg 1829. *A. A. von Linck über das Naturrecht unsrer Zeit, als Grundlage der Strafrechtstheorien.* München 1829. S. 64 ff.

Es kann nicht die Aufgabe gegenwärtiger Schrift seyn, mit absoluter Vollständigkeit alle Schriftsteller, die sich zu einer gewissen Theorie bekennen, oder die irgend eine unwesentliche Modification derselben versucht haben, anzuführen. Vielmehr beschränkt sie sich auf die Darstellung und Beurtheilung eigenthümlicher Theorien, und auf Anführung der Schriftsteller, die eine Theorie entweder zuerst aufstellten, oder weiter ausbildeten, oder auf eine wesentliche Art modificirten.

Grundidee beruhen. Die allgemeinste und wesentlichste Verschiedenheit unter den reinen Straftheorien, besteht in dem Unterschied zwischen absoluten und relativen Theorien.

A) *Absolute* Theorien, d. h. welche die Strafe durchaus nicht auf irgend einen dadurch zu befördernden Zweck beziehen, sondern dieselbe blos für eine nothwendige Folge des Rechtsgesetzes und der rechtswidrigen Handlung erklären. (*Wiedervergeltungstheorien*).

B) *Relative* Theorien, d. h. welche die Strafe als Mittel für einen dadurch zu befördernden rechtlichen Zweck betrachten. (*Pragmatische Strafe*). Dieser Zweck, welcher überhaupt in Erhaltung der Rechtsordnung besteht, kann sich aber entweder auf vergangene, oder künftige Störungen der Rechtsordnung beziehen, mithin auf Gutmachung jener, oder auf Verhütung dieser gerichtet seyn, wonach also die relativen Theorien in Vergütungs- und Verhütungstheorien zerfallen.

1) Nach den *Vergütungstheorien* soll der, aus dem begangenen Verbrechen entstandene ideale (intellectuelle) Schaden durch Bestrafung des Thäters wieder aufgehoben werden. (*Erstattungs-Genugthuungs-Theorien*).

2) Die *Verhütungstheorien* setzen den Strafzweck in Verhütung möglicher Störunrungen des Rechtszustandes. Dieser Zweck

soll aber entweder durch die Strafdrohung, oder durch die Strafzufügung erreicht werden, wonach sich also die Verhütungstheorien in Androhungs- und Zufügungstheorien theilen.

a) *Strafandrohungstheorien* heissen diejenigen, nach welchen die Verhütung durch das *Strafgesetz* (durch die gesetzliche Bedrohung der unerlaubten Handlungen mit Uebeln) bewirkt werden soll, (Generalprävention), und zwar

α) mittelst Abschreckung Aller von dergleichen Handlungen (durch Unterdrückung der sinnlichen Triebfedern). — *Theorie des psychischen Zwanges,* oder *Abschreckungstheorie.*

β) Mittelst *Warnung* Aller vor strafwürdigen Handlungen. — *Warnungstheorie.*

b) Den *Strafzufügungstheorien* zufolge soll die Verhütung durch das *Strafurtheil* und dessen *Vollziehung* (die Zufügung der Strafe, die Bestrafung des wirklichen Verbrechens) bewirkt werden.

Die Bestrafung soll aber

α) entweder auf den *Uebertreter,* welcher solche erleidet, einwirken und zwar

𝔄) um sein Inneres zu bessern. *Besserungstheorie.*

𝔅) Um den Staat gegen ihn zu schützen (*Vertheidigungstheorie*), und dieses

a) entweder um durch die Bestrafung ferneren Beleidigungen desselben zuvorzukommen — *Präventionstheorie* (*Specialprävention*),

b) oder als Nothwehr des Staats gegen den Uebertreter, — *Selbsterhaltungstheorie*, oder *Theorie der Nothwehr*,

β) oder die Bestrafung soll *auf sämmtliche Bürger* einwirken, indem Alle durch die Vollstreckung abgeschreckt werden sollen. *Abschreckungstheorie* (Theorie der unmittelbaren Abschreckung, poena exemplaris).

II) Die *gemischten* (*zusammengesetzten*, *combinirten*, *syncretistischen*) Straftheorien bestehen in einer Verbindung mehrerer einfachen Theorien.

Nach dieser systematischen Uebersicht sollen nun die einzelnen Straftheorien genauer dargestellt, und, mit Rücksicht auf die oben bemerkten Gesichtspuncte, geprüft werden. Hierbei kommt es jedoch mehr auf Hervorhebung und gedrängte Würdigung der eigenthümlichen Grundideen einer jeden Gattung und Art von Theorien an, als auf eine ausführliche Aufzählung aller geringen Abweichungen in den Ansichten der Vertheidiger irgend einer gewissen Theorie.

Zweites Capitel.

Von den einzelnen Strafrechtstheorien.

Erste Abtheilung.

Einfache Theorien.

Erste Unterabtheilung.

Absolute Theorien.

§. 53.

I) *Darstellung der absoluten Theorien.*

Der *allgemeine Character* der *absoluten* Strafrechtstheorien besteht theils in der ihnen eignen Ansicht vom Rechtsgrunde der Strafe, theils in dem besondern Maasstabe, welchen sie für die Bestrafung aufstellen.

I) Den *Rechtsgrund der Strafe* setzen sie in die *Nothwendigkeit*, dass auf das Verbrechen eine Strafe folgen müsse; also in einen nothwendigen Causalzusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe. Sie haben dabei blos die Strafzufügung im Auge, und diese beziehen sie *nicht auf einen Zweck* (daher *absolute* Theorien). Die Strafe soll, nach ihnen, *Selbstzweck* seyn, und in keiner Hinsicht als ein *Mittel*, für einen dadurch zu erreichenden Zweck, weder zum Vortheil des Thäters, noch zum Nutzen des Staats

betrachtet werden. Vielmehr erklären sie es für eine Herabwürdigung der Strafgerechtigkeit, wenn die Strafe als ein Erzeugniss der Staatsklugheit betrachtet, so wie für eine Verletzung des Rechtes der Persönlichkeit, wenn der Verbrecher durch die Bestrafung als Mittel für die Zwecke Anderer behandelt werde.

Den Beweis jenes nothwendigen Causalverhältnisses zwischen Verbrechen und Strafe hat man aber auf verschiedene Weise zu führen gesucht. Manche berufen sich zu dem Ende auf das *sittliche Gefühl*, auf die *Stimme des Gewissens*, wonach auf eine böse That nothwendig ein Uebel folgen müsse. Andere gründen jenen Causalzusammenhang auf die *moralische Weltordnung*, auf die *göttliche Weltregierung*, die es mit sich bringe, dass ein Uebel*thäter* auch ein Uebel *leiden* müsse [a]).

Kant, welcher die absolute Theorie zuerst fester zu begründen und besser auszuführen ver-

a) *Jacob philosophische Rechtslehre.* I. Ausg. Halle 1795. §. 65. *Abicht die Lehre von Belohnungen und Strafen in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit überhaupt und auf die Criminalgesetzgebung insbesondere.* Erlang. 2 Th. 1796. 1797.

suchte, und nach ihm Andere [b]), stützen sich auf einen *categorischen Imperativ*, *eine unbedingte Forderung des Rechtsgesetzes*, eine *innere Vernunftnothwendigkeit*, wonach der Verbrecher stets gestraft werden müsse, zum Theil auch auf die *allgemeine Vorstellung*, dass das Verbrechen Strafe verdiene, und dass dem Verbrecher *geschehen* müsse, wie er *gethan* habe. *Henke* [c]) leitet die Nothwen-

b) *Kant metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.* 1. Aufl. Königsb. 1797. S. 195 ff. Die Commentatoren Kants, als: *Bergk*, *Tieftrunk* und *Beck*. *Versuch einer wissenschaftlichen Begründung der Strafrechtslehre* (im Tübinger critischen Archiv B. IV. S. 567 ff. B. V. S. 1 ff.). *Zachariä Anfangsgründe des philos. Criminalrechts.* Leipz. 1805. *Weber* im Archiv des Crim. R. B. VII. St. 2. N. 2 *Borst Versuch einer rein rechtlichen Darstellung des Strafrechts.* Nürnb. 1811. — *G. W. F. Hegel Naturrecht.* Berlin 1821. §. 101. sagt zwar: „Das Aufheben des Verbrechens ist in so fern *Wiedervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist.“ Auch verlangt er Gleichheit dieser beiden Verletzungen ihrem Werthe nach. Da er aber das Wesen der Strafe in die Aufhebung der Verletzung des Rechts, als Rechts, in Vernichtung der Existenz des Verbrechens, als des wegzuräumenden wahren Uebels, in die Wiederherstellung des Gesetzes, oder die Versöhnung des Rechtes mit sich selbst, setzt; so gehört seine Ansicht vielmehr zu den Erstattungstheorien (§. 56.).

c) *Henke Streit der Strafrechtsth.* S. 20 ff. Dessen *Lehrbuch der Strafrechtsw.*, und dessen *Handbuch*

digkeit der Bestrafung aus der *Idee der Gerechtigkeit* ab, beruft sich deshalb auf die innere unbezwingliche Stimme eines Jeden, insbesondere auch des Verbrechers, welcher selbst die Strafe auf sich herabrufen müsse.

II) Als *Grundsatz für die Art und die Grösse der Bestrafung*, stellen die absoluten Theorien die *Wiedervergeltung* auf (daher Wiedervergeltungstheorien), und stützen diese auf das Gesetz der *Gleichheit*.

Ueber die Natur dieser Wiedervergeltung herrschen aber unter den Anhängern dieser Lehre verschiedene, zum Theil sehr unklare Ansichten. Diese Verschiedenheiten lassen sich jedoch, bestimmt aufgefasst, auf zwei allgemeine Gesichtspuncte zurückführen.

A) In Hinsicht der, durch die Strafe zu *vergeltenden Verschuldung*, ist die Vergeltung entweder eine moralische, oder eine rechtliche.

1) Die *moralische* Wiedervergeltung soll die moralische Verschuldung vergelten, mit-

I. §. 24. — *Abegg* in der Tüb. kritischen Zeitschrift. 1828. B. IV. H. 1. S. 20. *H. Richter d. philosophische Strafrecht, begründet auf die Idee der Gerechtigkeit.* Leipz. 1829. S. 96. „Nur die *Gerechtigkeit*, das ist die *Nothwendigkeit* und das *Gleichmaas*, ist der Grund der Strafe." — S. 100. „Eine Stimme spricht laut und mahnend für die Nothwendigkeit der dem Verbrecher zu ertheilenden Strafe."

hin das Verbrechen nach dem Grade, in welchem es der Tugend widerspricht, nach der Stufe der Unsittlichkeit der Handlung, bestrafen. (*Jacob* und *Abicht* a. a. O.).

2) Die *rechtliche Wiedervergeltung* soll die in der äusseren Handlung liegende Rechtsverletzung (die Rechtswidrigkeit, die äussere Illegalität), mithin die rechtliche Verschuldung vergelten, und also die Strafe nach der Art und dem Grade der Rechtsverletzung bestimmen [d]).

B) In Hinsicht der *Art der Vergeltung* (oder in Ansehung des Vergeltungsmittels), ist solche entweder materiale oder ideale Talion.

1) Die *materiale* (physische oder gleichartige) Wiedervergeltung besteht darin, dass dem Thäter, *der Art nach*, *das nemliche Uebel* zugefügt werden soll, welches er durch die That verübte. (*Eigentliche Talion*). Diese stellt die Regel auf: Gleiches mit Gleichem zu vergelten. Sie will *specifische Gleichheit* des Verbrechens und der Strafe. Das malum actionis und das malum passionis sollen gleich seyn. Per quod quis peccat, per idem et punitur idem [e]).

d) *Kant* a. a. O. *Richter* a. a. O. S. 152. 168. 170.

e) Diese Talion findet sich bei den meisten Völkern in ihrem Kindheitsalter und auch nur in Hinsicht einzelner Arten von Verbrechen, besonders bei Körper-

Diese materiale Talion (welche wohl nur bei der rechtlichen Wiedervergeltung vorkommen kann) ist es, welche *Kant*, als Regel für Art und Maas der Strafe, aufstellt, wonach also seine Theorie als rechtliche, und zwar materiale, Wiedervergeltung zu bezeichnen ist.

2) Die *formale* (ideale) Wiedervergeltung besteht darin, dass dem Thäter ein, der *Grösse* (dem Gehalte) nach, gleiches Uebel zugefügt werden soll. (Eine analoge Erwiederung des von ihm verschuldeten Uebels). Dieses Strafmaas kann daher auf die moralische und auf die rechtliche Wiedervergeltung bezogen werden. Auf jene bezieht solches *Henke*, indem er die sittliche Schuld als den Maasstab der Bestrafung betrachtet.

verletzungen. So sagt das *Mosaische* Recht: „Auge um Auge, Zahn um Zahn." In den *XII Tafeln* heisst es: „Qui membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto." Bei andern, z. B. Germanischen Völkern zeigt sie sich als Selbstrache, welche durch die *Busse* (Privatbusse) mit Geld *gelöset* wurde (Compositio), neben welcher aber schon früh auch eine *öffentliche*, dem König, dem Volke und dem Gerichte, wegen des gebrochenen Friedens, zu leistende Busse üblich war. Bei vielen Verbrechen kommen jedoch auch eigentliche Strafen vor. *Heineccius elem. iur germ.* P. II. §. 22 s. *Grimm deutsche Alterthümer.* Göttingen 1828. S. 622. 646 ff.

Von der Wiedervergeltungstheorie überhaupt, und von allen diesen Arten derselben, sind aber mehrere *verwandte* Begriffe und Sätze, welche oft damit verwechselt werden, wohl zu *unterscheiden.* Dahin gehören

a) die gesetzlichen Bestimmungen, wonach der Urheber einer Schmähschrift die Strafe desjenigen Verbrechens, dessen er den Andern verläumderisch beschuldigt, so wie der Gefangenaufseher, welcher einen Gefangenen vorsätzlich befreiete, an statt dieses, die von demselben verwirkte Strafe leiden soll *f*). Die Aehnlichkeit dieser Bestimmungen mit der Wiedervergeltungstheorie ist eben so wenig zu verkennen, als deren wesentliche Verschiedenheit von derselben.

b) Die Regel der Strafpolitik, dass die Strafen möglichst *im Geiste des Verbrechens*, d. h. dazu geeignet seyn sollen, derjenigen sinnlichen Triebfeder, woraus ein gewisses Verbrechen entspringt, besonders entgegen zu wirken, wie z. B. aus Trägheit und Weichlichkeit entspringende Verbrechen mit Arbeitsstrafen zu bedrohen sind. So sagt *Cicero* *g*): „Noxiae poena par esto: ut in *suo vitio* quis-

f) P. G. O. Art. 110. 180. *L.* 4. *C. de custod. reor.* (9. 4.).

g) *De legibus* III, 20.

que plectatur, vis capite, avaritia mulcta, honoris cupiditas ignominia sanciatur." Hiernach trifft also den Thäter nicht dasselbe Uebel, welches er durch sein Verbrechen verschuldet hat, sondern nur diejenige Strafart, welche seiner Neigung am meisten entgegen läuft.

c) Der Rechtsgrundsatz, dass die *Grösse* der *Strafe* dem *Grade der Strafwürdigkeit* der That entsprechen müsse. Diesen Satz hat zwar die Wiedervergeltungstheorie, wenigstens zum Theil, mit den Androhungstheorien, insbesondere mit der Warnungstheorie, gemein. Allein beide sind doch in der Weise, wie sie diesen Satz aufstellen, begründen und gebrauchen, wesentlich verschieden. Nach der Warnungstheorie entspringt jenes Princip aus dem höchsten Rechtsgrunde aller Strafe; nach der Wiedervergeltungstheorie hingegen wird dasselbe ausser und neben dem Rechtsgrund der Strafe aufgestellt, und auf das Gesetz der Gleichheit gegründet, wonach also die Strafe nicht in Hinsicht ihres Grundes und Zwecks, sondern nur in Hinsicht des Maases, als eine Vergeltung anzusehen ist. Auch gibt die Wiedervergeltungstheorie keine Merkmale der Strafwürdigkeit, und keinen richtigen und genügenden Maasstab für die Grade der Strafbarkeit der Handlungen.

Diese Verschiedenheit der Wiedervergeltungstheorien von verwandten Sätzen, ist um so mehr zu bemerken, da solche häufig miteinander verwechselt werden, und da insbesondere das Wahre, was die beiden letzten der vorstehenden Sätze (b. c.) enthalten, den Wiedervergeltungstheorien einen Schein der Wahrheit zu verleihen geeignet ist.

§. 54.

II) *Prüfung der absoluten Theorien:* A) *Unhaltbarkeit derselben* [a]).

Bei einer genaueren Prüfung zeigen sich jedoch die s. g. absoluten Straftheorien theils als *unhaltbar* (§. 54.), theils als *unbrauchbar* (§. 55.).

In ersterer Hinsicht entsteht zunächst im Allgemeinen ein erheblicher Zweifel gegen

a) *Feuerbach Revision* Th. I. C. 1. *Grolman Begründung des Strafr.* S. 216 f. *Henke Streit der Strafrechtsth.* S. 70 f. *Schulze Leitfaden.* S. 327 f. *Welker* a. a. O. S. 189 f. *Oersted Grundregeln der Strafgesetzg.* §. 2. 4. *Escher vier Abh.* S. 43 f. *Wirth Handb. der Strafrechtswiss.* S. 181. *Pölitz* a. a. O. I. S. 264. *Stöckhart Naturrecht.* S. 274. Die oben (§. 51. N. c) angeführten Dissertationen von *Vening* Cap. II. und von *van Trojen* Cap. IV. *Hepp* a. a. O. S. 22 f. *von Link über das Naturrecht* S. 89 f.

das wirkliche Daseyn der Eigenschaft jener Theorien, als *absoluter* Straftheorien. Diese Eigenschaft soll sich nemlich in dem Satze aussprechen: die Strafe ist kein Mittel für einen Zweck, sondern *Selbstzweck*; sie trägt den Grund ihres Daseyns, so wie ihren Werth und Zweck, *in sich selbst;* die Bestrafung des Thäters geschieht *blos darum, weil er verbrochen hat,* und lediglich zur Vergeltung seiner Uebelthat, nicht aber um dadurch einen Zweck zu befördern.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Darstellung der Bestrafung des Thäters, als einer Wiedervergeltung, wirklich die *Annahme eines Zweckes der Bestrafung enthält.* Denn dem Uebelthäter soll das, durch seine Handlung verschuldete Uebel, mittelst Zufügung eines, der Art oder Grösse nach, gleichen Uebels vergolten werden. Die Bestrafung desselben ist also *nicht Selbstzweck,* sondern sie *bezweckt* vielmehr die gedachte *Vergeltung.* Die Behauptung, dass sie gar *keinen* Zweck habe, ist folglich dahin zu beschränken, dass sie *blos* Vergeltung *bezwecke,* durch diese Vergeltung aber *keinen weiteren* Zweck zu erreichen trachte. Durch diese Beschränkung wird aber die Wiedervergeltungstheorie keineswegs zu einer absoluten Theorie, indem sie doch immer die Bestra-

fung auf einen Zweck bezieht, da sie den Thäter bestraft, um ihm zu vergelten, mithin in so fern allerdings als relative Theorie anzusehen ist. Besteht nun, der Wiedervergeltungstheorie zufolge, der Zweck der Bestrafung blos darin, dass dem Thäter ein, seiner Uebelthat entsprechendes Leiden, verursacht werden soll, so hat die Bestrafung desselben die Natur einer blossen Rache, mithin einer unsittlichen und unrechtlichen Handlung. Die Richtigkeit der Bemerkung, dass nach jener Theorie die Strafzufügung allerdings auf einen Zweck bezogen wird, bestätigt sich auch durch mehrere Aeusserungen der Vertheidiger der Wiedervergeltungstheorie, welche unwillkürliche Anerkennungen einer nothwendigen Zweckbeziehung der Strafzufügung enthalten. So spricht *Kant* [b]) von der, aus der Ungestraftheit eines Verbrechens für die *Sicherheit* des Volkes entstehenden *Gefahr*, und betrachtet also die Strafe als ein Mittel, die Rechtsordnung zu sichern. Auch geht er, an einer andern Stelle (S. 41. 42.), von der Voraussetzung eines *Strafgesetzes* aus, untersucht die Frage, ob die gesetzliche Strafdrohung auf den, im Nothstande befindlichen Menschen, den *beabsichtigten* Einfluss haben

b) A. a. O. S. 206.

könne, ihn durch die Furcht vor der gedrohten Strafe von der That abzuhalten, und setzt folglich den Zweck der Strafdrohung in die Abschreckung von Verbrechen. Auf gleiche Weise verfällt *Henke* in die relativen Theorien, indem er die Bestrafung als ein *Mittel*, theils dem Thäter seinen innern Frieden wiederzugeben, theils dem Staat wieder zu dem, durch das Verbrechen gestörten Rechtsfrieden zu verhelfen, betrachtet [c]). Und wenn Andere die Wiedervergeltung als Herstellung der, durch das Verbrechen gestörten Freiheit oder Gleichheit betrachten, so verfallen sie in die Vergütungs- oder Wiederherstellungstheorien.

Hieraus ergibt sich, dass selbst die Vertheidiger der Wiedervergeltungstheorie die Strafe in der That nicht als Selbstzweck betrachten, dass also diese Theorie immer mit irgend einer relativen Theorie zusammenfällt, mithin keineswegs die Natur einer absoluten Straftheorie hat. Wenn man ihr aber auch diese Eigenschaft um deswillen beilegen wollte, weil sie doch, ihrer allgemeinen Idee nach, für die, durch die Strafzufügung bezweckte Vergeltung des Bösen, keinen weitern Zweck

c) Auf ähnliche Weise sagt *Richter* a. a. O. S. 170. „Den *Zweck* der Strafe setzen wir in die Ausgleichung des Unrechts durch das Recht.“

annimmt, so lässt sich doch ihre Unhaltbarkeit überzeugend nachweisen, indem weder der, von ihr aufgestellte Rechtsgrund aller Strafe, noch der angegebene Maasstab der Strafbarkeit eine Prüfung auszuhalten vermag.

I) Was zunächst den *Rechtsgrund der Strafe* und zwar

A) den *categorischen Imperativ Kants* anlangt, so ist es

1) schon ein auffallender Verstoss gegen die nothwendige Einheit und Folgerichtigkeit eines Systems des philosophischen Rechts, dass *Kant* den Rechtsgrund der Strafe *nicht aus dem obersten Rechtsgrundsatze*, sondern aus einem, *neben dem höchsten Rechtsprincip* aufgestellten, categorischen Imperative ableitet. Auch ist es

2) ein *unstatthaftes Beginnen*, wenn man denjenigen, welcher nach dem Rechtsgrunde der Strafe forscht, und diesen mit der, durchaus nothwendigen Klarheit und Bestimmtheit, zu erkennen trachtet, auf eine unbedingte Vernunftnothwendigkeit hinweisst, hierdurch jede Frage nach dem Beweise dieser Nothwendigkeit ausschliesst, dem Forscher nach Wahrheit den blinden Glauben an die Untrüglichkeit jenes Imperatives ansinnt, und so das eine Räthsel nur durch ein anderes Räthsel zu lösen versucht.

Es lässt sich aber

3) selbst der *Ungrund* des vorgeblichen Strafimperatives nachweisen. Die Quelle, aus welcher die Annahme desselben hervorging, besteht unverkennbar, theils in dem Rechtssatze, dass der Mensch nie als blosses Mittel für die Zwecke Anderer behandelt werden dürfe, woraus man dann folgerte, dass die Strafzufügung nicht auf einen Zweck zu beziehen sey; theils in der, eben so natürlichen, als allgemein herrschenden Vorstellung, dass der Tugendhafte glücklich zu seyn, der Lasterhafte hingegen zu leiden verdiene.

Diese beiden Entstehungsgründe der Idee des categorischen Imperatives vermögen jedoch diese Idee nicht zu rechtfertigen. Denn dass der Mensch, als willkürlicher Störer der, von der Vernunft für nothwendig erklärten Rechtsordnung, durch die Bestrafung der, von ihm begangenen Uebelthat, *blos* als Mittel für die Zwecke Anderer behandelt werde, diess ist im Allgemeinen eine grundlose Behauptung. Jedenfalls würde dieser Einwurf die Androhungstheorien nicht treffen, da diese nur die gesetzliche Androhung der Strafe auf einen Zweck beziehen, mithin den Bürger, man mag nun den Zweck der Androhung in Abschreckung, oder in Warnung setzen, überhaupt nicht als Mittel, am wenigsten aber

als blosses Mittel, behandeln. Auch kann die Vorstellung von einem natürlichen Causalverhältniss zwischen Tugend und Glück, so wie zwischen Laster und Leiden, das Strafrecht des Staats nicht begründen. Vielmehr fehlt es der Wiedervergeltungstheorie *an aller rechtlichen Grundlage*, indem es durchaus kein Recht gibt, Böses mit Bösem zu vergelten. Das Rechtsprincip gibt nur ein Recht auf Anwendung des Vertheidigungs- und Entschädigungs-Zwanges. Ueber diese Grenze darf der Bedrohete, der Angegriffene und der Beschädigte nicht hinausgehen. Fügt er also, nachdem der Zweck der Vertheidigung oder Entschädigung erreicht ist, dem Beleidiger noch ein weiteres, durch diesen Zweck nicht gerechtfertigtes Uebel (als Strafe), zu; so überschreitet er die Grenzen seines Rechtes, wird hierdurch selbst Beleidiger, und die s. g. Wiedervergeltung ist in der That nichts anders, als Rache, indem alsdann die Bestrafung, gleich der Rache, keinen andern Zweck hat, als dem Beleidiger ein Leiden zu verursachen. Die Wahrheit dieser Bemerkungen erhält eine wichtige Bestätigung, durch die offenbaren Widersprüche, in welche sich *Kant* durch die Ableitung der Strafe aus jener unbedingten Vernunftnothwendigkeit verwickelt hat. So gründet er die,

mit jedem Rechte verknüpfte Befugniss, dasselbe durch Zwang geltend zu machen, lediglich darauf, dass der Zwang gegen Beleidigungen auf Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit abzweckt, und nur um dieses Zweckes willen, mithin zur Sicherung des eignen Rechtsgebietes, gerecht ist [d]). Wenn er nun die Bestrafung als einen, dem Beleidiger, durchaus ohne allen Zweck zuzufügenden Zwang, darstellt, so erscheint solche, jenem allgemeinen Rechtsgrundsatz zufolge, als ungerecht. Ein anderer Widerspruch ist es, wenn er nur dem Staate das Strafrecht einräumt, und die Wiedervergeltung nur vor den Schranken des Gerichts auszuüben gestattet. Denn wenn die Bestrafung des Beleidigers als die Folge einer unbedingten Vernunftnothwendigkeit anzusehen ist, mithin schlechthin und unter allen Umständen statt finden muss, so erfordert es die Folgerichtigkeit, dass auch schon dem Einzelnen, sowohl in, als ausser dem Staate, das Strafrecht eingeräumt werde.

Die Begründung des Strafrechts durch den gedachten Strafimperativ ist, nach allem diesem, als unhaltbar zu betrachten.

Dasselbe gilt aber

d) *Kant* a. a. O. S. 35.

B) von der Berufung auf eine *moralische Weltordnung*, oder *göttliche Weltregierung*, welche es mit sich bringe, dass dem Guten Belohnung, so wie dem Bösen Strafe folgen müsse. Versteht man nun unter der göttlichen Weltregierung die moralische Idee und den religiösen Glauben an eine jenseits erfolgende Vergeltung der Tugend und des Lasters, so ist es einleuchtend, dass es dem Staate nicht zustehen kann, schon hier die Stelle der Gottheit zu vertreten, und, statt ihrer, die Unsittlichkeit zu bestrafen und die Tugend zu belohnen. Hierzu würde ihm eben so sehr das Recht, wie die Macht fehlen; auch würde dadurch der Staatszweck verrückt, und der Staat in eine, ihm nicht zukommende Wirkungssphäre versetzt. Bezieht man aber jene Vorstellung einer moralischen Weltordnung auf die Zeitlichkeit (auf die Sinnenwelt), so entspricht solche keineswegs der Wirklichkeit. Denn wenn gleich die Nemesis oft einschreitet, und den Lasterhaften nicht selten schon hier, ausser der Folter des Gewissens, auch verdiente Leiden treffen; so lehrt doch die tägliche Erfahrung, dass der Tugendhafte oft eben so sehr vom Unglücke verfolgt, und durch harte Schläge des Schicksals geprüft, als der unsittliche Mensch vom Glücke begünstigt wird. Wäre aber auch die Idee ei-

ner solchen, schon hienieden waltenden, Tugend und Laster stets vergeltenden, göttlichen Weltordnung mehr, als ein blosser Wahn, so würden doch jedenfalls der Gesetzgeber und der Richter nicht befugt seyn, an statt der göttlichen Weltregierung einzuschreiten, und der Nemesis vorzugreifen.

Wenn man hiernächst

C) die, von *Henke* a. a. O. versuchte Begründung der Strafe, durch die *Idee der Gerechtigkeit*, näher untersucht, so liegt darin in der That die Annahme des Kantischen categorischen Imperativs, nur mit einem anderen Maasstab für die Strafe, und mit einem Versuche, denselben noch auf andere Weise zu begründen. Er sagt nemlich: der Staat, welcher überhaupt die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen habe, strafe blos um der Gerechtigkeit willen. Dass aber die Gerechtigkeit die Strafe, als nothwendige Folge einer jeden bösen That, fordere, das sage uns eine innere unbezwingliche Stimme. Man sieht, es ist dieses nur eine andere Darstellung des categorischen Imperatives, weshalb denn auch dagegen die, oben, wider letzteren vorgetragenen Bemerkungen gelten. Zur weiteren Begründung der behaupteten, durch die Idee der Gerechtigkeit geforderten Bestrafung, beruft sich *Henke* nun noch dar-

auf, dass einestheils der Verbrecher selbst die Strafe, als das einzige Mittel, sich mit seinem Schutzgeiste auszusöhnen, auf sich herabrufen müsse, anderntheils die Bestrafung auch um des Staats willen nothwendig sey, weil dieser, als ein Organismus, jeden krankhaften Zustand eines seiner Mitglieder empfinde, und nicht eher genese, als bis der Thäter bestraft sey.

Es ist indessen eine an sich unrichtige, und, seltne Fälle ausgenommen, beim Verbrecher wirklich nicht vorhandene Idee, dass dieser durch blosse Erduldung der Strafe sich von den Gewissensbissen befreien, und seine moralische Schuld tilgen werde, so wie dass seine Bestrafung nicht nur als ein wirksames, sondern sogar als das einzige Mittel zur Wiedererlangung des inneren Friedens anzusehen sey. Was aber *Henke* von der Genesung des krankhaft afficirten Staats sagt, das beweisst die Anerkennung der Nothwendigkeit der Strafe zur Erhaltung der Rechtsordnung, wodurch also seine Theorie mit der Vergütungstheorie, folglich mit einer relativen Theorie, zusammenfällt.

II) Auch der, von den absoluten Theorien aufgestellte *Maasstab der Strafbarkeit* zeigt sich, bei einer genaueren Prüfung, als unhaltbar.

Im *Allgemeinen* soll dieser Maasstab in *Wiedervergeltung* bestehen, und daher den Uebelthäter ein gleich grosses Uebel treffen. Bei aller Verschiedenheit der Ansichten über die Natur der Wiedervergeltung (§. 53. II.), stimmen doch die Wiedervergeltungstheorien darin überein, das sie den Grundsatz der *Gleichheit*, als den Maasstab der Strafbarkeit, aufstellen und Gleiches mit Gleichem vergolten wissen wollen.

Prüft man jedoch das, diesen Theorien zum Grunde gelegte *Princip der Gleichheit*, so lässt sich solches, in dem dabei angenommenen Sinne, gar nicht behaupten. Soll nemlich

A) die Gleichheit darin bestehen, dass den Handelnden ein, der Stufe der Unsittlichkeit seiner Handlung (seiner sittlichen Schuld) gleiches Uebel treffen müsse (*moralische Wiedervergeltung*), so ist es, anderer Gründe nicht zu gedenken, einestheils dem menschlichen Gesetzgeber und Richter unmöglich, die Stufe der sittlichen Verschuldung des Handelnden mit Bestimmtheit und Sicherheit zu erkennen und zu beurtheilen, anderntheils ist eine Gleichstellung der Grösse des sinnlichen Uebels (der bürgerlichen Strafe) mit dem Grade der Immoralität der Handlung, und eine Ausgleichung moralischer Schlechtigkeit

durch physische Leiden, ganz unausführbar. Die Wahrheit dieser Bemerkung ist so einleuchtend, dass es keines weiteren Beweises derselben bedarf. Auch muss *Kant* von derselben überzeugt gewesen seyn, indem er für das Strafmaas eine rechtliche, und zwar materiale Wiedervergeltung (die eigentliche Talion) annahm, und sich dadurch von dem, von ihm selbst aufgestellten, Rechtsgrund aller Strafe entfernte.

B) Auch eine *rechtliche* (formale, oder materiale) *Wiedervergeltung*, als Maasstab der Strafbarkeit, wird durch das Princip der Gleichheit nicht gerechtfertigt. Das Gesetz der Rechtsgleichheit ist der Ausspruch der Vernunft, dass allen Menschen, als vernünftig-sinnlichen Wesen, in ihrem gegenseitigen Verhältnisse, gleiche Sphären ihrer Willkür, gleich grosse Gebiete ihrer äussern freien Wirksamkeit, zukommen. Es ist also nichts anderes, als das höchste Rechtsprincip. Die rechtliche Gleichheit besteht hiernach darin, dass alle Menschen vor dem Rechtsgesetze gleich sind, dass sie, unter gleichen Bedingungen, gleiche Rechte haben, und dass das Rechtsgesetz selbst und unmittelbar keinem Menschen, blos als solchem, einen Anspruch auf Vorrechte vor Andern gibt [e]). Dass hin-

e) Mein *Lehrbuch des Naturrechts*. §. 39. u. 79.

gegen demjenigen, welcher widerrechtlich handelt, ein, der Natur und Grösse seiner Illegalität gleiches, Leiden zugefügt werden müsse, diess sagt das Rechtsprincip keineswegs. Dem Wiedervergeltungsrechte fehlt es daher an allem rechtlichen Grunde; die Wiedervergeltungsstrafe ist hiernach nichts anders, als Rache; und das Princip der Wiedervergeltung muss eben darum, weil es von einer rechtlichen Grundlage entblösst ist, bei consequenter Anwendung zu den rechtswidrigsten Folgen hinführen (§. 55.).

§. 55.

B) *Unbrauchbarkeit der absoluten Theorien.*

Die Unhaltbarkeit einer Theorie, insbesondere ihre Einseitigkeit und ihr innerer Widerspruch, offenbart sich nicht leichter und deutlicher, als wenn man den Versuch macht, sie auf die Verhältnisse des Lebens anzuwenden, und in allen Theilen folgerichtig durchzuführen. Dieser Prüfstein der Wahrheit auf die absolute Straftheorie angewendet, bewährt die gänzliche Unbrauchbarkeit derselben.

Schon der Umstand, dass die Schöpfer und Anhänger der absoluten Theorie, das Wesen und den Zweck des Staats, insbesondere

die, von der Staatsgewalt zu lösende Aufgabe (§. 5.) gar nicht ins Auge fassen, lässt von vorn herein voraussetzen, dass sie auch keine, für den Gesetzgeber und Richter brauchbare Grundsätze, aufstellen. Von der Richtigkeit dieser Voraussetzung wird man aber vollkommen überzeugt, wenn man die Brauchbarkeit der Wiedervergeltungstheorie mit Rücksicht auf die oben (§. 48.) bemerkten, von einer philosophischen Straftheorie zu lösenden Aufgaben, einer Prüfung unterzieht, indem solche den Beweis liefert, dass jene Theorie keins dieser Probleme auf eine befriedigende Weise zu lösen vermag.

Dass die absolute Straftheorie zunächst *keinen Rechtsgrund für die Strafgewalt des Staats* gibt, indem die blosse Hinweisung auf einen categorischen Imperativ, auf die göttliche Weltregierung, auf die innere Stimme u. s. w., die Strafgewalt weder rechtlich zu begründen, noch dieselbe gehörig zu begrenzen vermag, diess ist bereits ausgeführt worden (§. 54. I.).

Die Wiedervergeltungstheorie gibt aber auch

I) kein brauchbares *Merkmal der Strafwürdigkeit*, und *keinen Begriff des Verbrechens.*

A) Vermöge der *moralischen* Wiedervergeltung, müssten folgerichtig alle Arten *unsittlicher* Handlungen, ja selbst unsittliche Gesinnungen, gestraft werden. Denn alle sind, als Verstösse gegen das Tugendgesetz, ein sittliches Uebel, dem also durch ein sinnliches Uebel vergolten werden müsste. Kaum bedarf es aber der Bemerkung, dass nicht jede Immoralität strafwürdig, und dass der Staat nicht befugt ist, solche unsittliche Handlungen, welche die Rechtsordnung nicht gefährden, zu bestrafen.

B) Nach der *rechtlichen* Wiedervergeltung müssten alle Arten *rechtswidriger* Handlungen (alle Rechtsverletzungen) bestraft werden. Wo jedoch die Hülfe des Civilrichters zur Handhabung des Rechtszustandes ausreicht, da kann dem Staate nicht das Recht zukommen, von dem, blos aushülflich statthaften, Mittel der Strafe Gebrauch zu machen.

Der absoluten Straftheorie zufolge, würde also der Begriff eines Verbrechens mit dem Begriffe einer unerlaubten (unsittlichen oder rechtswidrigen) Handlung gänzlich zusammenfallen, und keine Grenze zwischen beiden seyn. Dass aber eine solche ungeheuere Ausdehnung des Begriffs einer strafwürdigen Handlung und eines Verbrechens, sowohl der Vernunftidee, als der allgemeinen Vorstellung aller Völker

von der Natur eines Verbrechens, widerspricht, diess bedarf durchaus keines Beweises. Der Gesetzgeber, welcher von der philosophischen Straftheorie über die Merkmale der Strafwürdigkeit Auskunft verlangt, würde mithin sehr übel belehrt werden, wenn man ihn, der absoluten Straftheorie gemäs, auf den Satz verweisen wollte, dass alle unsittliche, oder alle rechtswidrige Handlungen zu bestrafen seyen.

II) Die absolute Theorie gibt *keinen brauchbaren Maasstab für die Art und Grösse der Strafe.*

A) Die Unbrauchbarkeit der *moralischen* Wiedervergeltung erhellet zur Genüge aus der bereits oben gemachten Bemerkung, dass theils überhaupt zwischen sittlicher Schuld und sinnlichen Uebeln keine gegenseitige Abwägung und Ausgleichung möglich ist, theils der menschliche Gesetzgeber und Richter nicht dergestalt in das Innere des Handelnden eindringen kann und darf, um die Stufe der sittlichen Schuld zu erforschen und zu bestimmen [a]). Eine solche Wiedervergeltungslehre

a) Daher stellt auch *Henke* nicht den Grad der Immoralität als Maasstab der Strafe auf, sondern bestimmt diese durch die Zulängligkeit zur *Besserung*, welche er jedoch nicht als den *Zweck*, sondern nur als das *Maas* der Bestrafung aufstellt.

würde auch zu der gefährlichsten Gewissensrichterei führen, und nicht nur die Rechtsordnung untergraben, sondern selbst die Sittlichkeit gefährden.

B) Die *rechtliche* und zwar

1) die *materiale* (gleichartige, specifische, physische) Wiedervergeltung, oder die eigentliche Talion, hat zunächst den Mangel, dass sie die Strafe nach dem, durch das Verbrechen bewirkten oder bezweckten Bösen, zumisst, während doch erst der Wille des Thäters die Art und den Grad der Verschuldung bestimmt. Auch ist diese Talion einleuchtend ganz unausführbar. Denn bei vielen Verbrechen ist, ihrer Natur nach, eine gleichartige Vergeltung entweder ganz unmöglich, (wohin z. B. Hochverrath, Brandstiftung, Nothzucht, Sodomie, Ehebruch, Bigamie, Raub, Duell u. a. m. gehören), oder der Staat würde sich, was doch ebenfalls unmöglich ist, durch eine specifische Erwiederung, zu der Schlechtigkeit, Rohheit und Grausamkeit des Verbrechers herabwürdigen müssen. Deshalb lässt dann *Kant* Aequivalente und Surrogate zu, indem er z. B. die Nothzucht mit Castration bestraft wissen will [b]). Wäh-

b) Ungefähr wie nach *Bracton de legibus anglic.* L. III. c. 28. „Corruptor puniatur in eo, in quo deli-

rend aber dergleichen Surrogate meist nicht der vollen Grösse des, durch die That verursachten Uebels entsprechen, liegt schon in der blossen Annahme derselben ein Anerkenntniss der Unausführbarkeit der Talion. Man dürfte auch nur den, bisher noch nicht gewagten Versuch machen, ein, durchgehends auf dem Princip der Talion beruhendes Strafgesetzbuch zu entwerfen, um sich von der gänzlichen Unbrauchbarkeit dieser Theorie recht lebhaft zu überzeugen.

Um diese unverkennbare Untauglichkeit des Maasstabes der Talion zu heben, versucht ein sehr scharfsinniger Vertheidiger der absoluten Straftheorie, *Zachariä* [c]), eine solche Anwendung des Princips der gleichen Vergeltung, wodurch sowohl die Art, als die Grösse der Vergeltungsstrafe schon a priori auf eine Weise bestimmt würde, welche von jenen Mängeln frei wäre. Er sagt: Da jedes Verbrechen einen *Eingriff* in *die rechtliche Freiheit* des Andern enthalte, so müsse, nach

quit, oculos igitur amittat, propter aspectum decoris, quo virginem concupivit, amittat et testiculos, qui calorem stupri induxerunt.

c) *C. S. Zachariä Anfangsgründe des philosophischen Criminalrechts.* Leipz. 1805. S. 44. Desselben *Entwurf eines Strafgesetzbuches.* Heidelberg 1826. S. 8 f.

dem Grundsatze der gleichen Vergeltung, die Strafe eines jeden Verbrechens in *Beschränkung*, oder *gänzlicher Entziehung der Freiheit* des Thäters, mithin stets in Gefängnissstrafe bestehen. Es ist jedoch hiergegen schon von Andern [d]) mit Recht bemerkt worden, dass dieser Ansicht eine Verwechslung zweier wesentlich verschiedener Begriffe der Freiheit zum Grunde liegt. *Freiheit*, als Gegenstand der *Verletzung*, wird im *weitesten Sinne* gebraucht, wo es die ganze freie Wirkungssphäre des Menschen, oder das Rechtsgebiet desselben, mithin die Bedingung und den Inbegriff aller seiner Rechte bedeutet [e]). *Freiheit*, als Gegenstand der Bestrafung, wird hingegen in einem weit *engeren Sinne* genommen, nemlich für die so genannte *persönliche Freiheit*, d. h. das Recht der willkürlichen Wahl und Veränderung des Aufenthaltsortes. Nur diese Freiheit wird durch Gefängnissstrafe beschränkt. Eine richtige Anwendung des Princips der gleichen Vergeltung würde also nur zu dem Ergebnisse führen, dass Verbrechen wider die persönliche Freiheit durch Gefängnissstrafe zu vergelten seyen,

d) *Oersted Grundregeln.* S. 16 Note. *Hepp* a. a. O. S. 37.

e) Mein *Lehrbuch des Naturrechts.* §. 38 f. §. 79.

während es hiernach für die Bestrafung der übrigen Verbrechen an einem Strafmaase fehlen würde.

2) Die *formale* rechtliche Wiedervergeltung ist zwar von jenen grossen Mängeln der moralischen, so wie der materialen rechtlichen Talion, frei. Auch liegt ihr die wichtige Wahrheit zum Grunde, dass die Grösse der Strafe nicht nach einem, dadurch zu befördernden Zwecke, zu berechnen, sondern, davon ganz unabhängig, blos nach der Strafbarkeit des, durch die Bestrafung zu vergeltenden Verbrechens zuzumessen sey. Dennoch gibt aber auch diese Art der Wiedervergeltungstheorie kein brauchbares Strafmaas. Um nemlich die Grösse der *Strafe*, nach der Grösse der *Strafbarkeit* des Verbrechens, zumessen zu können, bedarf es vor allen Dingen eines richtigen Maasstabes der Strafbarkeit. Diesen gibt aber jene Theorie nicht. Denn sie weisst lediglich auf die Grösse der Rechtsverletzung, und des dadurch verursachten Uebels hin. Nun sind jedoch nicht alle Verbrechen Rechtsverletzungen, und es würde sonach das gedachte Strafmaas nicht auf Policeiverbrechen, sondern blos auf Rechtsverbrechen passen. Aber auch bei letzteren würde es nicht ausreichen, weil es sich blos auf die äussere Illegalität der That und ihres Erfol-

ges bezieht, mithin *nur* die *objective* Strafbarkeit berücksichtigt, die *subjective* Strafbarkeit hingegen unbeachtet lässt, und dadurch zu einer Einseitigkeit hinführt, welche zu unverkennbar vorliegt, und deren nachtheilige Folgen zu einleuchtend sind, als dass es hier noch einer weiteren Nachweisung derselben bedürfte. (M. vergl. §. **31**. I.).

Ganz anders verfährt in dieser Hinsicht die *Warnungstheorie.* Auch sie will nicht, dass die Grösse der Strafe nach einem Zweck bestimmt, sondern nach dem Grade der Strafbarkeit zugemessen werde, und in so fern eine gerechte Vergeltung der letzteren enthalte. Sie gibt aber zugleich einen richtigen und genügenden Maasstab für die Strafbarkeit. Da sie nemlich den Grund des Strafrechtes in die Nothwendigkeit der Erhaltung der Rechtsordnung setzt, so besteht, nach ihr, der Maasstab der Strafbarkeit in der grösseren oder geringeren Gefährlichkeit der Verbrechen für die Rechtsordnung. Diese Gefährlichkeit ist aber theils nach der That an sich, theils mit Rücksicht auf den Thäter zu beurtheilen, und daher die objective und die subjective Strafbarkeit vereinigt zu beachten. Erst wenn der Gesetzgeber auf diese Weise den Grad der absoluten oder relativen Strafwürdigkeit einer Handlung gehörig ausgemittelt hat, ist

er im Stande, eine demselben entsprechende Strafe zu bestimmen, und solche, zur Warnung Aller, durch Gesetz anzudrohen (§. 29—31.). Eine Vergleichung dieses, durch die Warnungstheorie bestimmten Strafmaases, mit demjenigen, welches die rechtliche, und zwar formale, Wiedervergeltungstheorie aufstellt, liefert einen neuen Beitrag zu dem Beweise der Unrichtigheit und Unzulänglichkeit des letzteren.

Die absoluten Strafrechtstheorien sind also, den vorstehenden Ausführungen zufolge, theils, ihrem Grunde nach, als unhaltbar (§. 54.), theils, weil sie die Aufgaben einer philosophischen Straftheorie nicht zu lösen vermögen (§. 55.), als unbrauchbar zu betrachten.

Zweite Unterabtheilung.

Relative Theorien.

§. 56.

I) *Vergütungstheorien:* A) *Darstellung.*

Die *relativen* Straftheorien betrachten die Strafe als Mittel für einen dadurch zu befördernden rechtlichen Zweck. Dieser Zweck, welcher überhaupt und zuletzt in Erhaltung der Rechtsordnung besteht (daher auch pragmatische Strafe), kann sich nun entweder

auf *vergangene*, oder auf *künftige* (mögliche) Störungen der Rechtsordnung beziehen, und also entweder auf *Gutmachung* ersterer, oder auf *Verhütung* letzterer gerichtet seyn. Nach dieser Verschiedenheit zerfallen daher die relativen Straftheorien in die *Vergütungstheorien*, und die *Verhütungstheorien* [a]).

Die *Vergütungstheorien* (*Erstattungs-Genugthuungs - Wiederherstellungs* - auch wohl *Abbüssungstheorien*), im Allgemeinen betrachtet, nehmen bei Aufstellung des Strafzweckes *blos* auf die *Bestrafung* des wirklichen Beleidigers (auf die Strafzufügung) Rücksicht, und setzen den *Zweck* derselben in die *Aufhebung des, dem rechtlichen Zustande, durch die Rechtsverletzung zugefügten, idealen Schadens.*

Sie gehen hierbei von dem allgemeinen Grundsatze aus, dass jeder Beleidiger die *Rechtspflicht* habe, den, durch seine Beleidigung verursachten Schaden, möglichst zu *ersetzen.* Dieser Schade sey aber theils materieller, theils intellectueller Schade. Die Wiederaufhebung des *materiellen* oder äusseren

a) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass diese beiden Ausdrücke nicht um eines gesuchten Gleichklanges willen, sondern weil sie den Gegensatz am bestimmtesten bezeichnen, gewählt sind.

Schadens, sey Gegenstand des *Privatrechts* (wonach also der Schade hinsichtlich des Mein und Dein hierunter zu verstehen ist). Die Wiederaufhebung des *intellectuellen* Schadens, sey die Aufgabe des *Strafrechtes.*

Der *Rechtsgrund der Strafe* ist hiernach derselbe, aus welchem die Pflicht zum Ersatz des materiellen Schadens entspringt, nemlich die allgemeine *Forderung der Gerechtigkeit,* dass jeder Beleidiger den bewirkten Schaden vollständig ersetze; und beide Verpflichtungen unterscheiden sich also nur einestheils durch die verschiedene *Art des Schadens* (materieller, oder intellectueller Schade), anderntheils durch das *Mittel,* den Schadensersatz zu erzwingen (Entschädigungszwang oder Strafe) [b]).

Während nun die Vertheidiger der Vergütungstheorien darin übereinstimmen, dass der *Zweck* der Bestrafung in Aufhebung des idealen Schadens besteht, herrschen unter denselben *über die Natur des idealen Schadens*

b) Wenn es bei dieser philosophischen Untersuchung darauf ankäme, zu beweisen, dass die Erstattungs- oder Abbüssungsidee, schon älteren Strafgesetzgebungen zum Grund liege, so würden sich die Belege dazu in den *altgermanischen Bussen* eben so deutlich finden, wie die Kantische Wiedervergeltungstheorie sich schon im Mosaischen Rechte nachweisen lässt. *Grimm deutsche Alterthümer.* S. 646 ff.

die verschiedenartigsten Vorstellungen. Ein Versuch, diese auf gewisse Classen zurückzuführen, und dadurch deren Uebersicht und Beurtheilung zu erleichtern, liefert folgendes Ergebniss:

I) Manche berücksichtigen *nur eine* gewisse *Gattung*, oder *Art* des, aus der Rechtsverletzung entspringenden, idealen Schadens, und setzen in dessen Erstattung den Zweck der Bestrafung [c]).

Dahin gehören folgende Arten des Schadensersatzes:

A) Aufhebung des, durch das begangene Verbrechen, *gegebenen bösen Beispiels* und des dadurch bei Andern erzeugten *Reizes* zu Verbrechen [d]).

c) Da die Erstattungstheorien zum Theil sich zu der Wiedervergeltungstheorie, und zu den Verhütungstheorien, mehr oder weniger hinneigen, und da manche Ideen nicht mit der nöthigen Bestimmtheit und Klarheit ausgesprochen sind, so darf es nicht befremden, wenn vielleicht Einer oder der Andere der hier angeführten Schriftsteller, seine Theorie nicht für richtig classificirt halten sollte.

d) *Klein über Natur und Zweck der Strafe,* im *Archiv des Crim.* R. B. II. H. I. S. 8 f. *Schneider über das Princip des Strafrechts.* Dresd. u. Leipz. 1806. welche jedoch beide zugleich noch eine Executionsstrafe annehmen, weshalb ihre Theorie in so fern zu den gemischten gehört. — *von Droste-Hülshoff Einleitung in das d. Criminalrecht.* S.

B) *Herstellung* des, durch das Verbrechen *verletzten Rechtsgesetzes;* Herstellung der Heiligkeit und Achtung des Rechts; Herstellung der gestörten Rechtsordnung; Herstellung der verletzten Freiheit oder Gleichheit [e]); der verletzten Sicherheit; äussere Heilighaltung der verletzten unveräusserlichen Menschheitsrechte, oder: thätige Vertretung und Aufrechthaltung des beleidigten Urrechts der Menschheit gegen dessen Beleidiger [f]). Die hier zusammengestellten verschiedenen Bezeichnungen des idealen Schadens scheinen im Wesentlichen dieselbe Idee auszudrücken.

C) *Vernichtung des Ungerechten;* Austilgung der verbrecherischen Schuld; Vernichtung (auch wohl Neutralisirung) des Ver-

12. *Kritische Zeitschrift für die Rechtswiss.* Tüb. 1826. B. I. H. 2. S. 37. Auch für diese Ansicht, wie für die meisten Theorien, finden sich Auctoritäten im *Römischen Rechte.* Z. B. L. un. pr. C. de raptu virgin. (9, 13.). „*Ne sine vindicta talis crescat insania.*“ §. 8. *I. d. Obl. q. ex del.* „ne ex hujusmodi *impunitate* tale facinus a quibusdam perpetretur.“

e) *F. Cropp de praeceptis juris Rom. circa puniendum conatum delinquendi.* Heidelb. 1813. Sect. I. p. 11 s. *Schröter Handb. des peinl. R.* S. 48. §. 14. *J. L. Schmidt über den Urgrund des Strafrechts.* Augsb. 1801. *G. Hänsel über das Princip des Strafrechts.* Leipz. 1811.

f) *H. R. Stöckhardt die Wissenschaft des Rechts oder das Naturrecht.* Leipz. 1825. S. 265.

brechens g); Aussöhnung des Willens mit dem verletzten Gesetze h); Unschädlichmachung des Verbrechens, durch Nöthigung des Beleidigers, sich unter das allgemeine Gesetz zu beugen u. s. w.

II) *Welker* i) stellte zuerst eine umfassendere Ansicht auf. Er setzt den Zweck der Bestrafung in Erstattung des *ganzen*, durch die Rechtsverletzung bewirkten, *intellectuellen Schadens*, oder in gerechte Austilgung der ganzen verbrecherischen Schuld. Den intellectuellen (idealen, inneren, geistigen) Schaden, findet er im Allgemeinen, in der *Störung des Princips des rechtlichen Willens* (wohl richtiger und deutlicher, in der Störung der Rechtsordnung, des Rechtszustandes).

Im Einzelnen begreift nach ihm der ideale Schaden folgende Gattungen und Arten:

A) Der *Verbrecher selbst* zeigt durch seine That einen Mangel der rechtlichen Wil-

g) *Henke Handb. des C. R.* Th. 1. S. 72. sagt: Strafe sey die Kundmachung der Nichtigkeit dessen, was das Verbrechen der rechtlichen Ordnung Widerstrebendes enthalte. Auch *Welker* sagt: „Vernichtung des Ungerechten" und in seiner Encyclopädie „Austilgung der ganzen verbrecherischen Schuld."

h) *A. von Bothmer der Begriff der Strafe.* Berl. 1808.

i) *Ueber Recht, Staat und Strafe.* S. 249 ff. *Desselben Encyclopädie.* I. B. S. 115.

lensbestimmung, als einer Bedingung des Bestandes der Rechtsordnung.

B) Bei den *übrigen Bürgern* erzeugt das Verbrechen theils Mangel der Achtung und des Vertrauens zu dem *Thäter*, theils durch die darin liegende Herabwürdigung des Rechts und die Macht des bösen Beispiels, Mangel der Achtung vor dem *Rechtsgesetze.* Durch beides wird aber der rechtliche Zustand sehr gefährdet.

C) In Hinsicht des *Verletzten* enthält das Verbrechen theils eine *Ehrenkränkung*, theils stört es die *rechtliche Willensbestimmung* desselben.

Alle diese Arten des Schadens können und sollen, nach *Welker*, durch die Bestrafung des Uebertreters möglichst aufgehoben werden. Er nimmt daher *sieben nächste Zwecke der Bestrafung* an, welche sich sämmtlich in dem *Endzwecke* der Aufhebung des ganzen idealen Schadens, vereinigen sollen, nemlich:

1) moralische (innere) Besserung des Verbrechers; oder doch

2) wenigstens politische (rechtliche) Besserung, d. h. Abhaltung desselben von ferneren Verbrechen;

3) Wiederherstellung der Achtung und des Zutrauens seiner Mitbürger gegen ihn;

4) Wiederherstellung der rechtlichen Willensbestimmung bei den Bürgern überhaupt, ihrer sittlichen und politischen Achtung des Rechts;

5) Wiederherstellung der Ehre und Achtung des Beleidigten;

6) Wiederherstellung seiner rechtlichen Willensbestimmung;

7) Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede.

§. 57.

B) *Beurtheilung der Vergütungstheorien* [a]).

Wenn man die Erstattungstheorien

I) zunächst von Seiten ihrer *Begründung* und *Haltbarkeit*, und zwar

A) im *Allgemeinen*, d. h. in Rücksicht der ganzen Classe dieser Theorien, prüft; so ergeben sich dawider mehrere, wohl begründete Zweifel.

1) Vor allen Dingen ist es nicht zu verkennen, dass sie keineswegs die Natur *reiner*

a) *Oersted Grundregeln der Strafgesetzg.* §. 13. S. 82 ff. *Heidelberg. Jahrbücher* Jahrg. VI. S. 805 ff. *Henke Handb. des Crim.* R. Th. I. §. 22. S. 95 ff. *Vening* Cap. II. §. 2. 3. und *van Trojen* Cap. VI. der oben angeführten Dissertationen (§. 51. N. e.). *Hepp* a. a. O §. 11. S. 110 ff.

20*

Vergütungstheorien haben, indem sie den Zweck der Bestrafung nicht ausschliesslich auf die *Vergangenheit*, auf Herstellung des verursachten Schadens, sondern zugleich, wenigstens theilweise, auf die *Zukunft* beziehen, und künftigen Störungen der Rechtsordnung durch Bestrafung des Beleidigers *vorbeugen* wollen, folglich in so weit auch zu den *Verhütungstheorien* gehören, mithin als *gemischte* Straftheorien anzusehen sind. Am deutlichsten wird sich dieses weiter unten hinsichtlich der Welkerschen Theorie nachweisen lassen (B).

Da nun die Vergütungstheorien, in so fern sie künftige Rechtsverletzungen verhüten wollen, diesen Zweck nicht auf die gesetzliche Strafdrohung beziehen, sondern denselben durch die *Strafzufügung* erreichen wollen, so wird, nach ihnen, der Uebertreter nicht blos wegen der von ihm begangenen Beleidigung, sondern zugleich wegen künftiger Verbrechen Anderer bestraft, und hiernach auch mit die Grösse seiner Strafe bestimmt, folglich derselbe, in so weit, als blosses Mittel behandelt.

2) Die Vertheidiger der Erstattungstheorien gehen von der nothwendigen Erhaltung des Rechtszustandes, als dem *Staatszwecke* aus, und betrachten die Bestrafung der Belei-

diger als ein unentbehrliches *Mittel* zur Sicherung des *Rechtsfriedens* gegen Beleidigungen. Gleichwohl verkennen sie die Beschaffenheit der, von der Staatsgewalt in jener Hinsicht zu lösenden *Aufgabe.* Diese Aufgabe besteht aber, der obigen Ausführung zufolge (§. 5.), in *möglichster Verhütung aller künftigen*, die Rechtsordnung gefährdenden Handlungen. Statt dessen *beschränkt* die Erstattungstheorie das Problem der Staatsgewalt auf *blosses Gutmachen begangener* Rechtsverletzungen, mittelst Herstellung des, durch dieselben dem Rechtszustande bereits *zugefügten* Schadens. Ein solches einseitiges Bestreben der Staatsgewalt würde jedoch eben so sehr zu tadeln seyn, als wenn sie, an statt Feuersbrünste durch gute Policeianstalten zu verhindern, und, falls sie dennoch entstehen, für deren schleunigste Löschung zu sorgen, sich darauf einschränken wollte, die Brandstiftung und Feuerverwahrlosung zu bestrafen, und Brandversicherungsanstalten zu errichten.

Die *Unzulänglichkeit* jenes *Gutmachungssystems* ist auch gar nicht zu verkennen. Denn zunächst würde es nur eine sehr unvollkommene Handhabung des Rechtszustandes seyn, wenn der Staat, an statt des pflichtmässigen Bestrebens, allen Störungen des Rechtsfriedens möglichst vorzubeugen, sich

es blos zum Ziel setzte, den wirklich entstandenen Schaden, zu dessen Verhütung er nicht alles Mögliche gethan hat, *hinterher* wieder gut zu machen [b]). Ausserdem ist aber auch dieses Gutmachen, sowohl in Hinsicht des idealen, als selbst des materialen Schadens oft gar nicht, oder doch nicht in voller Maase *möglich;* theils wegen Unersetzlichkeit desselben, theils weil der Thäter nicht entdeckt wird. Man denke, um sich von der Unzulänglichkeit der Erstattungstheorie durch ein sprechendes Beispiel zu überzeugen, nur an das schwerste aller Verbrechen, den Hochverrath.

Weit vollständiger erfüllt daher die Staatsgewalt ihre erste und heiligste Pflicht, für möglichste Erhaltung des Rechtszustandes, zu sorgen, wenn sie die Störungen desselben, durch deren Bedrohung mit Strafen, zu *verhüten* sucht. Alsdann bedarf es der *Vergütung* nur aushülflich, falls ihr die, zunächst zu versuchende, Verhütung nicht gelungen ist, und diese Vergütung erfolgt dann, so weit sie bewirkt werden kann, von selbst, durch die blosse Anwendung des übertretenen Strafgesetzes.

b) L. 4. in f. C. ad L. Corn. de sicariis „— melius est his *occurrere* et mederi, quam injuria recepta vindictam quaerere.“

Nächstdem

3) *fehlt* es der Bestrafung, als Entschädigungszwang gedacht, an einem *rechtlichen Grunde.* Die Rechtspflicht des Beleidigers zum Schadensersatze, und das Recht, denselben zur Erstattung sowohl des materiellen, als des intellectuellen Schadens zu zwingen, sind nemlich ganz unbestreitbar durch das *wirkliche Daseyn des Schadens*, und also durch die hierüber vorhandene *Gewissheit*, *bedingt.* Eben so unbestreitbar ist es aber, dass es im Allgemeinen an dieser Gewissheit fehlt. Denn wenn es auch richtig seyn sollte, dass wenigstens manche Arten des idealen Schadens oft, oder auch meist aus Verbrechen entspringen, so ist es doch gewiss, dass dieser Schaden auch wohl ganz, oder wenigstens zum Theil, nicht wirklich aus dem Verbrechen entsteht. So hat ohne Zweifel manches sehr schwere, schauderhafte Verbrechen, schon blos vermöge seiner Begehung, und ohne dass noch Strafe erfolgt ist, an statt zur Nachahmung zu reizen, vielmehr eine abschreckende Kraft, indem es die Gesammtheit der Bürger mit Abscheu gegen die That und den Thäter erfüllt, und sie über die Gefahren belehrt, die dem Menschen droher, wenn er sich von der Bahn der Sittlichkeit und des Rechtes entfernt, und sich durch die

Antriebe der Sinnlichkeit beherrschen lässt, weshalb man dann auch in so fern, ohne gerade etwas Paradoxes zu sagen, von dem Nutzen böser, abschreckender Beispiele reden könnte. Der blosse Umstand, dass ein idealer Schaden möglicher Weise, ja gewöhnlich aus einer Rechtsverletzung entspringt, enthält aber, den bekanntesten Rechtsprincipien zufolge, noch keinen hinreichenden Rechtsgrund, gegen den Beleidiger, mittelst Bestrafung desselben, einen Entschädigungszwang auszuüben, da dieser nur zur Erzwingung eines, von ihm *wirklich verursachten*, mithin *erwiesenen* Schadens zulässig ist.

Während aus diesen Bemerkungen die Unhaltbarkeit der Vergütungstheorien, wie mir scheint, überzeugend hervorgeht, bestätigt sich auch hier die oben erwähnte Beobachtung, dass jede Straftheorie etwas Wahres enthält. In wie fern solches auch von der Erstattungstheorie gilt, darüber lässt sich ein bestimmtes Urtheil fällen, wenn man die, oben so sehr hervorgehobene Unterscheidung zwischen dem Strafgesetze und dem Strafurtheile, hierbei zum Grunde legt.

a) Für den *Strafgesetzgeber* sind die mancherlei Arten des idealen Schadens theils *Gründe* der *Strafwürdigkeit*, theils Straf*zumessungsgründe*. In *ersterer* Eigenschaft

enthalten sie für den Gesetzgeber eine Aufforderung, solche Handlungen, von welchen dergleichen Nachtheile für die Rechtsordnung zu befürchten sind, durch Gesetz mit Strafe zu bedrohen, um hierdurch die Handlungen selbst, mithin auch den zu besorgenden idealen Schaden, zu verhüten. Und zu dieser Bedrohung genügt dann schon die *blosse Gefahr*, dass den Rechtszustand jene Nachtheile treffen möchten. Würde der Gesetzgeber dergleichen Handlungen nicht durch Strafdrohung vorzubeugen suchen, so würde er die Strafgewalt nicht pflichtmässig ausüben, und den rechtlichen Zustand den grössten Gefahren aussetzen. Zugleich haben aber die verschiedenen Arten und die Grösse des, von einer Handlung zu befürchtenden, idealen Schadens die Natur von *Strafzumessungsgründen*, indem sie als eben so viele Beweise der Gefährlichkeit einer gewissen Handlung für den Rechtszustand anzusehen sind, mithin, vermöge des oben aufgestellten Maasstabes der Strafbarkeit, auf die gesetzliche Strafbestimmung von Einfluss seyn müssen.

b) Ist nun aber eine Handlung wegen ihrer Gefährlichkeit durch Gesetz mit Strafe bedroht, dann kommt es bei der *richterlichen Anwendung* des übertretenen Strafgesetzes auf das *wirkliche Daseyn* des befürchteten idealen

Schadens und dessen Beweis *nicht* an, indem die Strafe an die Handlung wegen der möglichen, nicht wegen der wirklich eingetretenen, Folgen derselben geknüpft, mithin nicht um letzterer willen, sondern blos als Uebertretung des Strafgesetzes, unter dasselbe zu subsumiren ist.

Wird nun die Uebertretung *wirklich bestraft*, so werden eben hierdurch auch alle Arten des idealen Schadens, so weit diess möglich ist, *gut gemacht*, welche Vergütung aber dann nicht als Rechtsgrund und Zweck der Bestrafung, sondern entweder nur als eine *nützliche Folge* der, aus einem andern Rechtsgrunde geschehenen Bestrafung, oder nur als ein *Nebenzweck* der Strafe, anzusehen ist. Bliebe hingegen die wirkliche Uebertretung *ungestraft*, so würden nicht nur die Nachtheile, welche der Gesetzgeber durch die Strafdrohung abwenden wollte, nicht verhütet, sondern es würde auch noch ein weiterer idealer Schaden entstehen, indem die Straflosigkeit des Uebertreters die Kraft des Strafgesetzes schwächen, und die Hoffnung der Ungestraftheit einen neuen Reiz zu Verbrechen erzeugen würde.

Auch die Erstattungstheorien beruhen hiernach auf den so häufig vorkommenden Verwechslungen von Strafgesetz und Bestra-

fung, von strafwürdigen Handlungen und Verbrechen, von Zweck der Bestrafung und nützlichen Folgen derselben.

Das *Wahre* der Erstattungstheorien scheint sich diesem zufolge auf die beiden, eben so nahe liegenden, als unbestreitbaren Sätze zu beschränken, dass wenn strafwürdige Handlungen vom Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht, und die wirklichen Uebertretungen der Strafgesetze vom Richter nicht bestraft würden, die Rechtsordnung grossen Gefahren ausgesetzt wäre; dass hingegen durch gesetzmässige Bestrafung begangener Verbrechen zugleich der, aus ihnen entspringende, ideale Schaden möglichst hergestellt wird.

Nimmt man nun, dieses im Allgemeinen vorausgeschickt,

B) auf die, von *Welker* insbesondere aufgestellte Erstattungs- oder Vergütungstheorie Rücksicht, so gilt von derselben das vorstehend Bemerkte eben sowohl, wie von den übrigen Vergütungstheorien. Ausserdem bedarf es aber in Hinsicht der Welkerschen Theorie noch einiger besondern Erörterungen. Diese betreffen zunächst im Allgemeinen die Frage, ob jene Theorie für eine *reine* oder für eine *gemischte* Straftheorie zu halten sey?

Ich selbst zählte solche früherhin, mit Andern [c]), zu den gemischten oder zusammengesetzten Theorien, weil sich unter den sieben Strafzwecken einige befinden, die von einer oder der anderen Verhütungstheorie aufgestellt werden. Hiergegen ist *Welker* nicht nur in Schutz genommen worden [d]), sondern hat sich auch neuerdings selbst sehr bestimmt dawider erklärt [e]). Nun verkenne ich zwar nicht, dass die Welkersche Theorie, nach der Grundidee an sich, und nach der Ansicht ihres Urhebers, als eine einfache, reine Straftheorie anzusehen ist, indem derselbe von dem *Einen Grundgedanken* einer gerechten Aufhebung des ganzen, durch die Schuld des Verbrechers der Rechtsordnung zugefügten, intellectuellen Schadens, ausgeht. Aus diesem Grunde habe ich dann jetzt auch diese Theorie hier, unter den *einfachen* Straftheorien, aufgeführt.

c) Z. B. *Henke Handbuch des Crim. R.* Th. I. S. 103.

d) *Wächter Lehrbuch des Strafrechts.* §. 28. N. 75. Ein ungenannter Recensent im *N. Archiv des Crim. R.* B. IX. S. 710.

e) *Welker die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie u. Method.* Th. I. Stuttg. 1829. Vorrede S. 33. „Ich verachte ein synkretistisches und eklektisches Zusammenraffen des Verschiedenartigen — “

Zugleich bin ich jedoch überzeugt, dass bei der Entwickelung und Anwendung jenes, an die Spitze gestellten Princips, Ansichten und Zweckbestimmungen mit eingemischt sind, welche sich aus der Grundidee, der nothwendigen Aufhebung des idealen Schadens, nicht ableiten lassen, und mit derselben nicht in Einklang stehen, dass es folglich in so fern der gedachten Theorie, in der Ausführung, an wahrer, innerer Einheit fehlt. Um dieses zu beweisen, ist es nöthig, die *einzelnen* von *Welker* angenommenen *Arten des idealen Schadens*, und die, aus dem Grundprincip der Aufhebung dieses Schadens durch Bestrafung des Uebelthäters hergeleiteten *sieben Strafzwecke*, jedoch hauptsächlich nur in Beziehung auf jene Frage, hier etwas näher zu untersuchen.

1) Unter den angegebenen *Arten des idealen Schadens* finden sich welche, die

a) nicht unter den Begriff von *Schaden*, sondern nur unter den Begriff von *Gefahr* passen, und deren Annahme daher aus einer Verwechslung von Schaden und Gefahr hervorgegangen ist.

Schaden, als Folge von Handlungen Anderer gedacht, ist der, durch eine Handlung wirklich verursachte Nachtheil (oder Verlust). *Gefahr* hingegen ist ein, noch bevorstehender,

zu befürchtender Nachtheil. Nur wo ein *Schaden* vorhanden ist, kann von *Aufhebung* des Schadens (von Schadensersatz, Vergütung, Herstellung oder Entschädigung) die Rede seyn; hinsichtlich der *Gefahr* kann es sich aber nur von *Abwendung* der Gefahr (von Verhütung, Vorbeugung, Zuvorkommen) handeln. So unterscheidet ja auch das Civilrecht, in Ansehung des materiellen Schadens, zwischen damnum factum s. datum, und damnum infectum s. metuendum, und gibt nur bei ersterem ein Recht auf Vergütung (praestatio damni), bei letzterem hingegen ein Recht auf Sicherheitsleistung (cautio damni infecti). Zu denjenigen Arten des, von *Welker* angenommenen, idealen Schadens, welche, diesen Begriffen zufolge, wirklich nicht als Schaden, sondern als Gefahr anzusehen sind, gehört nun die, von dem Uebertreter durch die That an den Tag gelegte Nichtachtung des Rechts, seine Neigung zu Verbrechen, und wohl gar seine gänzliche Verdorbenheit und Unverbesserlichkeit. Alle diese Thatsachen sind, an sich, noch kein Schaden, sondern gehören nur unter die mancherlei *Erkenntnissgründe der Gefährlichkeit* der Handlung und des Handelnden; es sind Gründe, welche weitere Störungen der Rechtsordnung befürchten lassen,

und also die Nothwendigkeit angemessener *Vorbeugungsmittel* beweisen.

b) Andere Arten des vorausgesetzten idealen Schadens passen zwar unter den Begriff von Schaden, haben aber entweder überhaupt *keine Wirklichkeit*, oder sind wenigstens kein Schaden für die *Rechtsordnung*. Zu *ersteren* gehört theils die angeblich durch das Verbrechen bewirkte Kränkung der Ehre und der Achtung des Verletzten, theils die, in ihm hervorgebrachte widerrechtliche Willensbestimmung. Beweisst gleich der Beleidiger seine Nichtachtung der Rechte Anderer, mithin ihrer Persönlichkeit überhaupt, so liegt doch in seiner Handlung deshalb noch keine Ehrverletzung für den Beleidigten. Auch ist die Annahme, dass der Bürger blos darum, weil ein Anderer ihn durch ein Verbrechen verletzt hat, aufhören werde, das Recht zu achten und einen rechtlichen Willen zu haben, ohne allen Grund. Diese beiden Arten des Schadens haben also keine Realität. Anders verhält es sich mit dem, für den Verbrecher selbst aus seiner That entspringenden Schaden, welcher in der Verachtung oder Schande besteht, die er sich durch seine Handlung zuzieht. Die Wirklichkeit dieses Schadens ist nicht zu leugnen; aber eben so wenig lässt sich es verkennen, dass solches

kein Schaden für die *Rechtsordnung* ist, und dass es an einem Rechtsgrunde fehlt, dem Uebertreter eine Strafe zuzufügen, um ihm zur Wiedererlangung der, durch seine Uebelthat verlornen Achtung, zu verhelfen. Wenn man sodann

2) die erwähnten Schadensarten mit den, von *Welker* daraus abgeleiteten, durch die Bestrafung zu erreichenden, *sieben Zwecken*, vergleicht, so ergibt sich, dass entweder die Strafe für dieselben nicht als Entschädigungszwang, sondern als Verhütungszwang wirkt, oder dass sie kein, zu deren Erreichung taugliches Mittel ist.

a) Zu denjenigen der sieben Strafzwecke, für welche die Bestrafung des Thäters nicht durch Aufhebung des Schadens, mithin *nicht herstellend*, sondern durch Abwendung einer Gefahr, mithin *verhütend*, wirken kann und soll, gehört theils die Bestrafung zur moralischen, oder doch politischen Besserung des Thäters, theils zur Reinigung des Staats von dem ganz verderblichen Mitgliede, theils zur Abschreckung Anderer. Hiernach geht also die *Erstattungs*theorie in irgend eine der *Verhütungs*theorien über, insbesondere in die Besserungs-, Präventions-, Selbsterhaltungs- oder Abschreckungstheorie *f*). Und daraus

f) So sagt dann auch selbst derjenige Recensent, welcher

folgt dann weiter, dass die Welkersche Theorie in der That zu den *gemischten* Theorien gehört, so wie dass auf sie alles dasjenige seine Anwendung findet, was weiter unten wider die eben genannten Arten der Verhütungstheorien ausgeführt werden wird.

b) In so fern aber der Strafzweck wirklich, der Grundidee gemäs, in Herstellung des idealen Schadens gesetzt werden könnte, ist die Bestrafung entweder *kein* zur Erreichung dieses Zweckes *taugliches Mittel* (nemlich zur Wiederherstellung der Achtung des Verbrechers und des Vertrauens seiner Mitbürger), oder die, von der Bestrafung erwartete Wirkung, ist nicht als deren Zweck und Rechtsgrund, sondern vielmehr als eine nützliche *Folge*, oder doch nur als ein *Nebenzweck* der Bestrafung zu betrachten (wie die Herstellung des Ansehens des übertretenen Gesetzes, und die moralische oder rechtliche Besserung des Bestraften).

(im N. Archiv des C. R. B. IX. S. 710.) die Vereinigung der sieben Strafzwecke in dem einen Grundgedanken der Wiederaufhebung des idealen Schadens vertheidigt, die Strafe solle den *üblen Folgen*, welche das Verbrechen *haben könne*, *vorbeugen*. Passt dieses besser auf die Erstattungstheorie, oder auf die Verhütungs — (Vorbeugungs-)Theorie?

Da sich aus der bisherigen Untersuchung des Fundamentes der Vergütungstheorien deren Unhaltbarkeit ergibt, so bedürfte es wohl nicht erst noch

II) des Beweises ihrer *Unbrauchbarkeit.* Dieser ist jedoch sehr leicht zu führen, indem es klar vorliegt, dass jene Theorien auch die übrigen Aufgaben einer Straftheorie (§. 48.) nicht zu lösen vermögen; indem sie weder ein Princip für die Strafwürdigkeit aufstellen, noch einen brauchbaren Maasstab der Strafbestimmung geben.

A) Da, nach der Erstattungstheorie, der Rechtsgrund der Bestrafung in der Rechtspflicht zum Ersatz des, der Rechtsordnung, durch die That, zugefügten Schadens besteht, so müsste sie folgerichtig *alle Handlungen für strafwürdig erklären, welche einen intellectuellen Schaden stiften,* indem sie die Rechtsordnung stören (das Rechtsverhältniss, das Friedensverhältniss, die rechtliche Gemeinschaft beschädigen). Hiernach würden folglich nicht alle diejenigen Handlungen, welche einen solchen idealen Schaden befürchten lassen, sondern nur solche Handlungen bestraft werden können, welche wirklich einen idealen Schaden verursacht haben, und die Bestrafung würde durch das wirkliche Daseyn des Schadens in dem concreten Falle bedingt

seyn (S. oben I. A. 3.), da die Erstattung eines nicht vorhandenen Schadens einen Widerspruch enthält. Ganz anders verhält es sich bei den Verhütungstheorien, die den Strafzweck in Abwendung des blos befürchteten, materialen und idealen Schadens, setzen.

Noch weit weniger ist aber

B) die Erstattungstheorie im Stande, einen *brauchbaren Maasstab*, für die dem Thäter zuzuerkennende *Strafe*, aufzustellen. Von der Schädlichkeit der Handlungen im Allgemeinen kann der Maasstab nicht entlehnt werden, da dieser nur für den Gesetzgeber, welcher stets auf das Ganze und das Gewöhnliche sein Augenmerk zu richten hat, brauchbar seyn würde, jene Theorie aber kein Strafgesetz erfordert, und daher nur für die Strafzufügung einen Zweck annimmt. Da sie nun diesen Zweck in Erstattung des, durch das Verbrechen bewirkten, idealen Schadens setzt, so müsste die Grösse der Strafe immer nach der *Art und Grösse des, in jedem einzelnen Falle vorhandenen, idealen Schadens zugemessen werden.* Bei einem solchen Maasstabe würde aber theils die Strafe nach andern Rücksichten, als solchen, die in dem Verbrechen an sich und in der Person des Thäters liegen, bestimmt, theils lässt sich das Daseyn und die Grösse der verschie-

denen Arten des idealen Schadens nicht mit hinreichender Bestimmtheit ausmitteln, theils ist es nicht möglich, so viele Strafzwecke, welche sich überdiess zum Theil gegenseitig bedingen, oder ausschliessen, vereinigt ins Auge zu fassen, und einem jedem derselben den gebürenden Einfluss auf die Strafbestimmung einzuräumen. Man darf, um sich hiervon zu überzeugen, nur einmal den Versuch machen, einem Verbrecher die Strafe theils nach seiner grösseren oder geringeren, moralischen und rechtlichen, Besserungsbedürftigkeit, und Besserungsfähigkeit, oder gänzlichen Unverbesserlichkeit, theils nach der Grösse der Verachtung, die er sich durch seine That zugezogen hat, theils nach der Grösse des, durch das böse Beispiel gemachten Eindrucks, und des, hierdurch etwa erzeugten Reizes zur Nachahmung, theils endlich nach dem Grade der Ehrenkränkung des Beleidigten, und des bei ihm entstandenen Mangels eines rechtlichen Willens, zuzumessen. Jeder Versuch dieser Art kann nur dazu dienen, die Unbrauchbarkeit jenes Strafmaases in das hellste Licht zu setzen.

§. 58.

II) *Verhütungstheorien:* A) *Strafandrohungstheorien:* 1) *im Allgemeinen.*

1) Die *Verhütungstheorien* setzen den Endzweck der Strafe in Verhütung (Abwendung) möglicher Störungen der Rechtsordnung. Dieser Zweck soll aber entweder durch die gesetzliche Androhung der Strafe (durch das *Strafgesetz*), oder durch die Strafzufügung (durch das *Strafurtheil* und dessen Vollziehung, durch die Bestrafung) erreicht werden. Hiernach zerfallen also sämmtliche Verhütungstheorien in *zwei Hauptarten*, nemlich in die *Strafdrohungstheorien*, und die *Strafzufügungstheorien.*

2) Die eigenthümliche Natur der *Strafandrohungstheorien* besteht im Allgemeinen darin, dass die beabsichtigte Verhütung der, die Rechtsordnung gefährdenden Handlungen, durch das *Strafgesetz*, d. h. durch gesetzliche Bedrohung solcher Handlungen mit sinnlichen Uebeln, bewirkt werden soll. Den *Rechtsgrund* der Strafdrohung setzen sie in die Nothwendigkeit dieses Mittels zur Erhaltung des Rechtszustandes, und die Vereinbarkeit der Drohung mit der rechtlichen Freiheit der Bürger. Der Endzweck der Strafdrohung besteht in einer Generalprävention. Das Straf-

gesetz soll überhaupt allen möglichen Störern des Rechtszustandes, und allen möglichen Störungen dieses Zustandes zuvorkommen. Ohne ein vorausgehendes positives Strafgesetz gibt es, diesen Theorien zufolge, weder ein Verbrechen, als solches, noch eine rechtliche Strafe (§. 18—24. §. 32.).

3) Unter den Androhungstheorien findet sich aber in Hinsicht des nächsten Zwecks, und der Art der beabsichtigten Wirksamkeit der Strafdrohung, ein wesentlicher Unterschied. Das Strafgesetz soll nemlich

a) entweder durch Unterdrückung der sinnlichen Triebfedern zu strafwürdigen Handlungen (durch Abschreckung) verhütend wirken — *Theorie des psychischen Zwanges, Abschreckungstheorie* (§. 59.),

b) oder durch Warnung Aller vor strafwürdigen Handlungen — *Warnungstheorie.* Früherhin machte (in so fern blos von ungemischten Theorien die Rede ist) die Theorie des psychischen Zwanges die ganze Classe der Androhungstheorie aus, weshalb auch beide Benennungen für gleichbedeutend genommen wurden. Seitdem aber die, von mir aufgestellte Warnungstheorie hinzugekommen ist, muss der Ausdruck „Androhungstheorie" ausschliesslich auf die ganze Gattung bezogen, und diese in die Abschreckungstheorie und die

Warnungstheorie zerlegt werden. Die, zwischen diesen beiden Arten der Androhungstheorie obwaltenden, specifischen Verschiedenheiten, sind oben genauer entwickelt worden (§. 35—44.).

§. 59.

2) ***Arten derselben*****:** a) ***Theorie des psychischen Zwanges.***

Die Idee der Abschreckung Aller, durch gesetzliche Bedrohung mit hierzu hinreichenden Strafen, liegt so nahe und ist so natürlich, dass man sehr leicht auf sie hingeleitet werden musste. In der That spricht sich diese Vorstellung nicht selten schon durch die wörtliche Fassung der Strafgesetze, durch die Natur der angedrohten Strafen, und durch die Art der Verkündigung der Gesetze aus [a]). Auch findet sich die gedachte Idee bereits in mehreren Schriften, zum Theil schon mit

a) Auch ausdrücklich wird jener Grundidee, der Abschreckung durch die Strafdrohung, in den Gesetzen gedacht. So heisst es z. B. in *L.* 1. §. 1. *D. de J. et J.* „— bonos non solum *metu poenarum*, sed etiam praemiorum exhortatione efficere cupientes." *Can.* 1. *Dist. IV.* „factae autem sunt *leges*, ut earum *metu* humana coërceatur audacia — ut in improbis *formidato* supplicio refrenetur nocendi facultas."

vieler Bestimmtheit und Klarheit, ausgedrückt [b]).

Zu einer eignen Strafrechtstheorie wurde aber jener Grundgedanke erst durch *von Feuerbach* ausgebildet, indem er solche, unter dem Namen der Theorie des psychologischen Zwanges, durch eine philosophische Deduction begründete, und mit seltenem Scharfsinne, so wie mit vieler Folgerichtigkeit, entwickelte und durchführte, weshalb sie auch mit dem grössten Rechte die Feuerbachische Theorie genannt wird [c]).

Eine bündige Darstellung derselben, welcher hier eine Stelle gebürt, liefert das Lehr-

b) *J. H. Boehmer introductio in ius publicum universale* ed. III. Hal. 1775. p. 226 s. (Vergl. *Gerstäcker im N. Archiv* B. VII. S. 419 f.). *J. D. Michaelis Mosaisches Recht* Th. VI. Vorr. *Filangieri System der Gesetzgebung* B. III. C. 1. 2. *Cäsar Zusätze zu Valazé's Entw. eines allg. Strafcodex.* Leipz. 1786. S. 59 f. *C. H. Gros D. de notione poenarum forensium.* Erl. 1798. — Vgl. *Oersted Grundregeln* §. 10. S. 57 ff.

c) *Feuerbach Antihobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt* u. s. w. Erf. 1798. Th. I. S. 201 ff. *Desselben Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des posit. peinl. Rechts.* B. I. Erf. 1799. B. II. Chemnitz 1800. *Derselbe Ueber die Strafe als Sicherungsmittel* u. s. w. Chemnitz 1800. *Desselben Lehrbuch des peinl. R.* §. 8—20. und über das Strafmaas §. 102 ff.

buch Feuerbachs §. 8—20., aus welchem sie daher wörtlich entlehnt werden soll.

I) *Nothwendigkeit eines psychologischen Zwangs im Staate.*

§. 8. „Der Zweck des Staats besteht in Errichtung des rechtlichen Zustandes, d. h. des Zusammenbestehens der Menschen nach dem Gesetze des Rechts. §. 9. Rechtsverletzungen jeder Art widersprechen dem Staatszwecke (§. 8.), mithin ist es schlechthin nothwendig, *dass im Staate gar keine Rechtsverletzungen geschehen.* Der Staat ist also berechtigt und verbunden, Anstalten zu treffen, wodurch Rechtsverletzungen *überhaupt* unmöglich gemacht werden. §. 10. Die gefoderten Anstalten des Staats müssen nothwendig *Zwangsanstalten* seyn. Dahin gehört zunächst der *physische Zwang* des Staats, der auf doppelte Art Rechtsverletzungen aufhebt, I) *zuvorkommend*, indem er eine noch nicht vollendete Beleidigung verhindert und zwar 1) durch Erzwingung einer Sicherheitsleistung zu Gunsten des Bedrohten, 2) durch unmittelbare Ueberwindung der auf Rechtsverletzung gerichteten physischen Kräfte des Beleidigers; II) der Beleidigung *nachfolgend*, indem er Rückerstattung oder Ersatz von dem Beleidiger erzwingt. §. 11. Physischer Zwang reicht aber nicht hin zur Ver-

hinderung der Rechtsverletzungen überhaupt. Denn der *zuvorkommende* Zwang ist nur möglich unter der Voraussetzung von Thatsachen, aus denen der Staat entweder die Gewissheit, oder doch (wie bei dem Zwange zur Sicherheitsleistung) ihre Wahrscheinlichkeit erkennt: *nachfolgender* Zwang nur unter Voraussetzung solcher Rechtsverletzungen, deren Gegenstand ein ersetzliches Gut ist. Physischer Zwang ist daher nicht hinreichend 1) zum Schutz *unersetzlicher* Rechte, weil der hier allein mögliche, zuvorkommende Zwang von der ganz *zufälligen* Erkenntniss der bevorstehenden Verletzung abhängt, auch nicht 2) zum Schutz der an sich *ersetzlichen* Rechte, weil sie oft unersetzbar *werden*, und für den zuvorkommenden Zwang jene blos zufällige Voraussetzung ebenfalls eine nothwendige Bedingung ist. §. 12. Sollen daher Rechtsverletzungen überhaupt verhindert werden, so muss neben dem physischen Zwange noch ein anderer bestehen, welcher der Vollendung der Rechtsverletzung *vorhergeht*, und, vom Staate ausgehend, in jedem *einzelnen* Falle wirksam ist; ohne dass dazu die Erkenntniss der *jetzt* bevorstehenden Verletzung vorausgesetzt wird. Ein solcher Zwang kann nur ein *psychologischer* seyn.

II) *Möglichkeit eines solchen psychologischen Zwangs.*

§. 13. Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb wird dadurch aufgehoben, dass jeder weiss, *auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt.* §. 14. Damit nun die *allgemeine* Ueberzeugung von der *nothwendigen* Verbindung solcher Uebel mit Beleidigungen begründet werde, so muss I) ein *Gesetz* dieselben als nothwendige Folge der That bestimmen (*gesetzliche Drohung*). Und damit die *Realität* jenes gesetzlich bestimmten idealen Zusammenhangs in der Vorstellung Aller begründet werde, muss II) jener ursachliche Zusammenhang auch in der Wirklichkeit erscheinen, mithin, sobald die Uebertretung geschehen ist, das in dem Gesetz damit verbundene Uebel zugefügt werden (*Vollstreckung, Execution*). Die zusammenstimmende Wirksamkeit der vollstreckenden und gesetzgebenden Macht zu dem Zwecke der Abschreckung bildet den psychologischen Zwang. §. 15. *Das*

von dem Staate durch ein Gesetz angedrohte, und, kraft dieses Gesetzes, zuzufügende Uebel, ist die *bürgerliche Strafe* (poena forensis). Der allgemeine Grund der Nothwendigkeit und des Daseyns derselben (sowohl in dem Gesetz, als in der Ausübung desselben) ist die Nothwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit Aller, durch Aufhebung des sinnlichen Antriebs zu Rechtsverletzungen. §. 16. Unter *Zweck* der Strafe wird die Wirkung verstanden, deren Hervorbringung als Ursache des Daseyns einer Strafe gedacht werden muss, wenn der Begriff von Strafe vorhanden seyn soll. I) Der Zweck der *Androhung der Strafe* im Gesetz ist Abschreckung Aller als möglicher Beleidiger, von Rechtsverletzungen. II) Der Zweck der *Zufügung* derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, in wie fern ohne sie diese Drohung leer (unwirksam) seyn würde. Da das Gesetz alle Bürger abschrecken, die Vollstreckung aber dem Gesetz Wirkung geben soll, so ist der *mittelbare* Zweck (Endzweck) der Zufügung ebenfalls blosse Abschreckung der Bürger *durch das Gesetz*. §. 17. Der *Rechtsgrund* der Strafe ist ein Grund, von welchem die rechtliche Möglichkeit der Strafe abhängt. Der *Rechtsgrund* I) der *Androhung* der Strafe,

ist das Zusammenbestehen derselben mit der *rechtlichen* Freiheit der Bedrohten, so wie die Nothwendigkeit, die Rechte Aller zu sichern, der Grund ist, welcher die *Verbindlichkeit* des Staats zu Strafdrohungen begründet. II) Der Rechtsgrund der *Zufügung* ist die vorhergegangene Drohung des Gesetzes.

III) *Höchste Principien des peinlichen Rechts.*

§. 19. Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peinlichen Rechts: *Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes.*"

(Daraus werden dann die untergeordneten Grundsätze: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine*, und *nullum crimen sine poena legali*, abgeleitet §. 20.). §. 103. „Der allgemeine Rechtsgrund des Daseyns aller bürgerlichen Strafen ist die Nothwendigkeit der Abwendung einer Gefahr für den rechtlichen Zustand. Daher die Grösse der Gefahr der Maasstab für die Grösse der Strafe, und der Grundsatz: *je grösser die Gefährlichkeit der Handlung in Beziehung auf den*

rechtlichen Zustand ist, desto grösser ist die bürgerliche Strafbarkeit.“

Die hier in ihren Grundzügen dargestellte Feuerbachische Theorie fand zwar grossen Beifall und viele warme Anhänger, auch hat sie auf die ganze Behandlungsweise, so wie auf die Gestalt der Strafrechtswissenschaft, und selbst auf die Gesetzgebung bedeutenden Einfluss gehabt. Auf der andern Seite ist sie aber auch, sowohl in ihren Gründen, als in ihren Folgen, bestritten, und zum Theil mit grosser Heftigkeit angefochten worden [d].

Die wider die Feuerbachische Theorie erhobenen Zweifel lassen sich, ihrem Gegenstande nach, in zwei Classen zerlegen.

1) Manche Einwendungen beziehen sich, wenn sie gleich ausdrücklich nur gegen die Theorie des psychischen Zwanges gerichtet

d) *Thibaut Beiträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie.* Hamb. 1802. *Grolman über die Begründung des Strafrechts. v. Gönner* in *s. Archiv für Gesetzgebung.* B. II. H. 1. 2. *Welker über Recht, Staat und Strafe.* S. 214 ff. *Schulze Leitfaden der Entwick. der philos. Principien des bürgerl. u. peinl. R.* Göttingen 1813. §. 235 ff. *Oersted Grundregeln* §. 8—10. §. 17. *Henke Streit der Strafrechtsth.* S. 57 ff. und in s. *Handbuch des Crim. R.* I. §. 20. *Stöckhard das Naturrecht.* Leipz. 1825. S. 265 f. *Hepp kritische Darstellung der Strafrechtsth.* §. 9. S. 85 f. *von Link über das Naturrecht, als Grundlage der Strafrechtsth.* S 9 f.

sind, auf die ganze Gattung der *Androhungstheorie überhaupt*, mithin auf beide Arten derselben, die Abschreckungs- und die Warnungstheorie. Diese Zweifel habe ich bereits oben (§. 46.) einer genauen Prüfung unterzogen, und deren gänzliche Unhaltbarkeit nachgewiesen [e]).

2) Andere Zweifel beziehen sich *ausschliesslich* auf die Eigenthümlichkeiten der *Feuerbachischen Theorie des psychischen Zwanges.* Auch diese habe ich oben (§. 35-(39. vorgetragen, aber zugleich darzuthun gesucht, dass sie als wohlbegründet anzusehen sind *f*), so wie dass aus ihnen die Nothwendigkeit einer Berichtigung der Abschreckungstheorie hervorgeht, welche dann die Quelle der Warnungstheorie geworden ist. Zur Vermeidung unnöthiger Wiederholungen beziehe ich mich auf die obige Ausführung.

§. 60.

b) *Warnungstheorie.*

Da der ganze erste Abschnitt gegenwärtiger Schrift der Begründung und Darstellung

e) Meine *Abhandlung im N. Archiv des Crim. R.* B. IX. S. 432 f.

f) Auch schon in meinen *Grundlinien des philos. Crim. R.* §. 8. N. b. und in der eben citirten Abhandlung. S. 447 f.

der Warnungstheorie, so wie der Prüfung und Widerlegung der, dagegen erhobenen Zweifel, gewidmet ist, so kann an dieser Stelle blos eine allgemeine Hinweisung auf den ersten Abschnitt, nebst der Bemerkung, statt finden, dass die Wahrheit der Warnungstheorie, durch die Critik der übrigen Theorien, noch mehr an überzeugender Kraft gewinnen wird.

§. 61.

B) *Strafzufügungstheorien:* 1) *im Allgemeinen.*

Nach den *reinen Strafzufügungstheorien* soll die Verhütung der Verbrechen, nicht durch eine gesetzliche Androhung der Strafe [a]), sondern durch die *Bestrafung* des wirklichen Beleidigers (durch das *Strafurtheil* und dessen Vollziehung, durch die Strafzufügung) bewirkt werden.

Die Bestrafung soll nemlich

I) entweder auf den *Uebertreter*, welcher solche *erleidet*, einwirken, und zwar

a) Zwar nehmen sie zum Theil die Androhungstheorie zu Hülfe, indem sie auch dem Strafgesetz irgend eine, wenn auch nur untergeordnete Rolle, anweisen. Hierdurch gehen sie aber, wie sich unten zeigen wird, in eine *gemischte* Theorie über, und gehören also nicht an diese Stelle.

A) um sein Inneres zu bessern — *Besserungstheorie;*

B) um die Rechtsordnung gegen ihn zu schützen — *Vertheidigungstheorie.*

Hiernach geschieht dessen Bestrafung,

1) entweder um ferneren Beleidigungen desselben dadurch zuvorzukommen — *Präventionstheorie;*

2) oder als Nothwehr des Staats gegen den Beleidiger — *Selbsterhaltungstheorie* (*Theorie der Nothwehr*).

II) Oder die Bestrafung des Thäters soll auf *sämmtliche Bürger* einwirken, indem Alle durch Vollstreckung der Strafe abgeschreckt werden sollen — *Abschreckungstheorie* (Theorie der unmittelbaren Abschrekkung, Vollstreckungstheorie, poena exemplaris).

Die *ganze Classe* der *Strafzufügungstheorien* hat jedoch gewisse allgemeine, ihren sämmtlichen Arten *gemeinschaftliche Mängel*, welche allein schon hinreichend seyn dürften, um deren Unhaltbarkeit zu beweisen [b]).

Dahin gehört,

I) dass sie das *Strafurtheil*, und dessen Vollziehung, auf einen, durch dasselbe zu verfolgenden *Zweck* beziehen, mithin das,

b) Meine *Grundlinien des philos. Crim. R.* §. 12.

was ein reiner Act der *Gerechtigkeit* ist, als eine Maasregel der *Klugheit* darstellen. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht von dem Berufe des Strafrichters, und die nachtheiligen Folgen, zu welchen solche hinführt, sind oben nachgewiesen worden (§. 21. und 38.), auf welche Ausführung ich mich also hier beziehen kann. Hiernächst

II) liegt jenen Theorien eine Verwechslung des *Zwecks* der Bestrafung, mit den *Wirkungen* und *Folgen* derselben, so wie des *Hauptzwecks*, mit den *Nebenzwecken*, zum Grunde. Die Bestrafung kann allerdings, unter Umständen, bessernd, zuvorkommend, oder abschreckend wirken, und der Strafrichter kann auch wohl diese Wirkungen, als Nebenzwecke, ins Auge fassen. Allein daraus folgt nicht, dass dergleichen nützliche Folgen als der Rechtsgrund und Zweck der Strafzufügung anzusehen seyen (§. 19.).

III) Ein anderer Mangel aller Strafzufügungstheorien besteht darin, dass, ihnen zufolge, der Thäter wegen *künftiger*, entweder von ihm selbst, oder von Andern zu befürchtender, Verbrechen bestraft wird. Zwar wird eine von ihm verübte Beleidigung vorausgesetzt, und in so fern bezieht sich also die Bestrafung auf eine vergangene Uebelthat. Allein der Zweck der Strafzufügung besteht

doch nicht in einer Ahndung der begangenen That, sondern in Verhütung künftiger Verbrechen. Die geschehene That enthält nur den Erkenntnissgrund der vorhandenen Gefahr, und die Veranlassung zu einer, auf Abwendung befürchteter Verbrechen abzweckenden, Ausübung des Bestrafungsrechtes.

Die Unrichtigkeit einer solchen Ansicht von der Strafgerechtigkeitspflege lässt sich jedoch nicht verkennen.

A) Zunächst widerspricht die gedachte Vorstellung dem *Begriff der Strafe.* Dieser bringt es mit sich, dass die Strafe, in ihrer Vollstreckung betrachtet, sich stets und allein auf eine *begangene* That bezieht, und dass dem Thäter nur das, durch diese verwirkte Uebel, zugefügt wird.

Ausserdem fehlt es aber auch

B) der Bestrafung des Thäters, zur Verhütung künftiger Verbrechen, an einem *Rechtsgrunde*, indem es durchaus kein Recht gibt, Jemandem zu dem Ende ein Leiden zuzufügen, um uns hierdurch gegen mögliche, von ihm selbst, oder von Andern, zu besorgende Beleidigungen zu sichern.

Es ist endlich

IV) nicht zu verkennen, dass die Strafzufügungstheorien *keinen allgemeinen Maasstab der Strafe* aufstellen können. Sie müs-

sen folgerichtig den *Strafrichter* auf den, durch die Bestrafung zu befördernden Zweck, hinweisen, und es ihm zur Pflicht machen, die *Art* und *Grösse* der Strafe immer nach diesem *Zweck* zu bestimmen, mithin auf die, *in jedem einzelnen Falle* vorhandene Besserungsfähigkeit des Thäters, oder auf die Wahrscheinlichkeit weiterer Uebertretungen desselben, oder auf das Bedürfniss des, durch die Vollstreckung zu bewirkenden Eindrucks auf das Publicum, Rücksicht zu nehmen.

Ausser diesen eben so grossen, als unverkennbaren Mängeln, welche der ganzen Gattung der Strafzufügungstheorien gemein sind, hat auch jede einzelne Art derselben noch ihre eigenthümlichen Fehler, wie sich solches aus der, nun folgenden Darstellung und Prüfung derselben ergeben wird.

§. 62.

2) *Einzelne Arten der Strafzufügungstheorien:* a) *nach welchen der Zweck der Bestrafung sich auf den wirklichen Uebertreter bezieht.*

Die erste Hauptart der Strafzufügungstheorien besteht aus denen, welchen zufolge der Zweck der Bestrafung auf den bestimmten Uebertreter, der solche erleidet, bezogen wird, indem dieser durch das Straf-

übel gebessert, oder von weiteren Beleidigungen abgehalten, oder der Staat mittelst einer darin liegenden Nothwehr gegen ihn geschützt werden soll.

Diese ganze Hauptart hat aber, ausser den eben bemerkten, allgemeinen Mängeln sämmtlicher Strafzufügungstheorien (§. 61.), noch den besonderen Fehler einer offenbaren *Unzulänglichkeit* für den Zweck der Verbrechensverhütung. Denn die Aufgabe der Staatsgewalt besteht, dem Staatszwecke gemäs, darin, dass alle Handlungen, welche die Rechtsordnung gefährden, *überhaupt möglichst* verhütet werden sollen. Sie darf ihre Sorge nicht darauf beschränken, dass sie bestimmten, einzelnen Störern des Rechtsfriedens zu begegnen sucht, indem dieses nur eine höchstunvollkommene Sicherung des rechtlichen Zustandes zu gewähren vermöchte. Vielmehr muss die Staatsgewalt allen möglichen Störern, und allen zu befürchtenden Angriffen auf die Rechtsordnung, zuvorzukommen suchen (§. 5.). Hiernach sind also diejenigen Theorien, welche den Strafzweck nur auf den bestraften Verbrecher beziehen, unzureichend, um die Aufgabe der Staatsgewalt zu lösen. Es gehören in diese Categorie die Besserungs- und die Vertheidigungstheorie,

deren jede aber ausserdem wieder besonderen Zweifeln ausgesetzt ist.

§. 63.

α) Besserungstheorie.

Die *Besserungstheorie* bezieht den Zweck der Strafzufügung auf das *Innere* des Verbrechers, und setzt solchen in *moralische Besserung*, in *Veredlung* desselben, oder Umwandlung zu einem sittlich guten Menschen. Sie betrachtet daher die Bestrafung nur als eine Art der Erziehung, als eine blosse Züchtigung [a]).

a) Diese menschenfreundliche Ansicht findet sich auch schon bei den Alten. So nennt *Plato* die Strafe *ἰατρεία ψυχῆς*. *L.* 20. *D. de poenis* „poena constituitur *in emendationem* hominum." — Die *L. un. C. de emendatione propinquor.*, welche die Strafe „correctionis medicina" nennt, spricht nur von einer häuslichen Züchtigung. — P. G. O. Art. 142. „Straf an Leib und Leben, oder aber zur Buss und *Besserung.*" — *Stelzer über den Willen.* Eine psychol. Untersuchung für das Criminalrecht. Leipzig 1817. *Henke über den Streit der Strafrechtsth.* S. 85. — *E. Spangenberg über die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher mittelst des Pönitentiarsystems*, als dem einzigen zulässigen Zwecke jeder Strafe u. s. w. Frei nach dem Englischen. Landshut 1821. — Das *Pönitentiarsystem* ist keine Straftheorie, sondern nur eine, auf Besserung der Sträflinge abzweckende Einrichtung der Strafanstalten.

So sehr diese Theorie das humane Gefühl besticht, so hat sie doch nicht nur die oben bemerkten allgemeinen Mängel ihrer ganzen Gattung (§. 61. 62.), sondern es treten bei ihr auch noch besondere Rücksichten ein, wodurch sie theils als unhaltbar, theils als unbrauchbar dargestellt wird [b]).

I) Die *Unhaltbarkeit* der Besserungstheorie ergibt sich

A) schon daraus, dass dem Staate *kein Recht* zukommt, seine Bürger durch Zufügung von Uebeln zu veredlen. Zwar lässt es sich nicht behaupten, dass der Staat überhaupt nicht befugt sey, auf die Sittlichkeit seiner Bürger einzuwirken; wohl aber ist es richtig, dass er sie zu sittlichen Gesinnungen zu zwingen, und durch sinnliche Uebel sie zu veredeln, kein Recht hat. Man würde den Staat, durch Einräumung einer solchen Befugniss, ganz seiner wahren Sphäre entrücken; man würde ihm das höchst gefährliche Recht verleihen, in die Gesinnungen der Bürger einzudringen, und diese, selbst wenn sie auch noch nicht in gefährliche Handlungen überge-

b) *von Arnim Bruchstücke über Verbr. und Strafen.* Th. II. S. 8 f. *Wirth* a. a. O. S. 168. *Tittmann Handbuch* I. §. 52. *Stöckhardt Naturrecht* S. 274. *Pölitz die Staatswiss. im Lichte der Zeit.* Th. I. §. 50. 51.

gangen sind, zu bestrafen. Es müsste also, bevor von dem Zweck der Besserung durch Strafe die Rede seyn könnte, immer erst die Strafzufügung durch einen andern Rechtsgrund gerechtfertigt werden, mithin die bezweckte Besserung keineswegs den Rechtsgrund der Bestrafung enthalten.

B) Die Zufügung sinnlicher Uebel ist auch ein sehr *unzweckmässiges Veredlungsmittel.* Achtung vor der Tugend, sittliche Gesinnungen durch Zwang erzeugen zu wollen, enthält einen auffallenden Widerspruch, da Sittlichkeit durch Freiheit bedingt ist.

Nach der Besserungstheorie würde ferner

C) jede Strafzufügung auf der doppelten Voraussetzung der Besserungs*bedürftigkeit*, und der Besserungs*fähigkeit*, beruhen.

Es würde folglich keine Besserungsstrafe statt finden, wenn entweder der Verbrecher seine That schon innigst bereut hat, und völlig zur sittlichen Gesinnung zurückgekehrt ist, oder wenn er als ganz unverbesserlich betrachtet werden muss. Für die Erkenntniss dieser beiden, die Bestrafung ausschliessenden Voraussetzungen, fehlt es aber an sicheren Merkmalen. Und eine Theorie, die folgerichtig zur Straflosigkeit der gefährlichsten Verbrecher hinführt, bewährt schon hierdurch allein ihre Unhaltbarkeit.

Die Besserungstheorie ist aber nicht blos von einer rechtlichen Grundlage entblösst, sondern sie vermag auch

II) die übrigen *Aufgaben nicht zu lösen*, über welche eine allgemeine Straftheorie nothwendig Auskunft geben muss. Denn

A) sie gibt kein Merkmal der *Strafwürdigkeit* der Handlungen. Das einzige Kennzeichen derselben würde, ihr zufolge, in solchen Thatsachen bestehen, welche den Beweis liefern, dass es einem Menschen an einer durchaus sittlichen Gesinnung fehle, und dass er folglich der moralischen Besserung bedürfe. Dazu würden aber nicht nur alle Arten rechtswidriger Handlungen, als welche ja sämmtlich zugleich unsittlich sind, sondern auch alle blos unsittliche Handlungen gehören, mithin gar keine Grenze, und kein Unterschied zwischen Verbrechen und blos unerlaubten Handlungen seyn. Während so das Gebiet der Strafwürdigkeit auf der einen Seite weit über seine Grenzen ausgedehnt würde, könnten auf der andern Seite culpose Verbrechen meist gar nicht für strafwürdig gehalten werden, da solche gewöhnlich nicht aus unmoralischer Gesinnung hervorgehen.

Eben so wenig gibt die Besserungstheorie

B) einen brauchbaren *Maasstab für die Strafen*. Dieser würde blos in der grösseren

oder geringeren Verbesserlichkeit des bestimmten Züchtlings bestehen können, da die Strafzufügung auf seine Besserung abzweckt. Nun ist es aber, bei der unendlichen Mannichfaltigkeit der Gemüthsbeschaffenheit, ganz unmöglich, die Individualität eines jeden Verbrechers genau und sicher zu erforschen, und eben so unmöglich die Strafart und den Strafgrad dergestalt zu wählen und zuzumessen, dass dadurch der Bestrafte wirklich gebessert werde, indem es nicht fehlen kann, dass gerade dasjenige, was den Einen zu bessern vermöchte, die Verschlechterung des Andern zur Folge haben wird. Auch würde es, besonders hinsichtlich dauernder Strafen, um so mehr an irgend einem sicheren Prüfsteine der wirklich erfolgten Besserung gebrechen, je unzuverlässiger jede erzwungene Tugend nothwendig seyn muss, und je grösser das Bestreben der Züchtlinge seyn würde, den Richter über ihre wirklich erfolgte Besserung, durch alle Künste der Verstellung und Heuchelei, zu täuschen.

Das *Wahre* an der Besserungstheorie besteht nur darin, dass die Besserung des Uebertreters zuweilen die nützliche Folge der, aus einem anderen Rechtsgrunde, ihm zuerkannten Strafe, seyn kann; dass der Richter, wo seinem Ermessen hierin ein freier Spiel-

raum gelassen ist, diejenige Strafart zu wählen hat, welche zugleich als sittliches Heilmittel zu wirken, und den Nebenzweck der Besserung dieses Verbrechers möglicher Weise zu befördern geeignet ist; und dass die Strafanstalten so einzurichten sind, dass sie auf Besserung der Sträflinge einzuwirken vermögen. Aber auch in Hinsicht der, auf diese Weise beschränkten Richtung des Strafens auf Besserung der Uebertreter, darf man keine zu grosse Hoffnungen hegen. Ich wiederhole deshalb hier eine darüber schon anderswo von mir vorgetragene Erinnerung [c]). „Strafanstalten können keine Erziehungshäuser seyn. Alles, was der Staat in dieser Hinsicht zu leisten vermag, besteht darin, dass durch zweckmässige Einrichtung der Strafanstalten eine grössere moralische Verwilderung der Sträflinge verhütet wird, so wie, dass sie, von Schwelgerei entwöhnt, zu angemessener Beschäftigung, Ordnung und Reinlichkeit angehalten, und hierdurch sowohl, als durch Erweckung des Ehrgefühls und des religiösen Sinnes, ihre gefährlichen Neigungen und Gewohnheiten möglichst geschwächt werden [d]).

c) Meine *Anmerkungen zum Hannöverschen Entwurf.* Th. II. S. 291.

d) Was in allen diesen Hinsichten durch gute Einrichtung der Strafanstalten, und durch tüchtige Vorste-

Wenn man hingegen wähnt, dass die Staatsgewalt es sich zur Aufgabe machen müsse, jeden zur öffentlichen Arbeitsstrafe, zum Zuchthause, oder zum Arbeitshause verurtheilten Verbrecher, nach seiner Individualität, mit psychologischer Kunst und mit Liebe, zu einem sittlich-guten Menschen umzubilden, und dass es ihr gelingen könne, diese Aufgabe zu lösen, so gibt man sich einem schönen Traume hin, und lässt den practischen Blick des erfahrnen Criminalisten und Menschenkenners vermissen.

§. 64.

β) *Vertheidigungstheorien:* α) *Präventionstheorie.*

Nach einigen früheren Versuchen, das Strafrecht aus dem Vertheidigungsrechte der Einzelnen, und dessen Uebertragung auf den Staat, oder aus dem, diesem selbst, als moralischer Person, zukommenden Vertheidi-

her geleistet werden kann, davon liefert das musterhaft eingerichtete Correctionshaus zu *Eberbach*, im Herzogthume *Nassau*, und dessen würdiger Director, Rath *Lindpaintner*, einen sprechenden Beweis. Ich halte mich für verpflichtet, diejenigen, welche berufen sind, für Verbesserung der Strafanstalten zu wirken, auf dieses Correctionshaus, so wie auf die gleichfalls zu Eberbach befindliche vortreffliche Irrenanstalt, aufmerksam zu machen.

gungsrechte abzuleiten, entstanden in der neueren Zeit zwei bestimmter aufgestellte und weiter ausgebildete Vertheidigungstheorien, nemlich die Präventionstheorie, und die Selbsterhaltungstheorie.

Die *Präventionstheorie* setzt den Zweck der Strafzufügung in die Sicherung gegen weitere Beleidigungen von Seiten des Bestraften, indem dieser durch die Bestrafung entweder von weiteren Verbrechen abgeschreckt, oder ihm deren Begehung unmöglich gemacht werden soll (*Specialprävention*). Nachdem *Kleinschrod* [a]) und *Stübel* [b]) diese Grundidee schon bestimmt und deutlich ausgesprochen hatten [c]), wurde sie durch *Grolman* als

a) *Kleinschrod systemat. Entwick. der Grundbegr.* Th. II. S. 9 f. S. 103 f.

b) *Stübel System des allgem. peinl. Rechts.* Leipzig 1795. Th. I. §. 12 f. §. 67 f.

c) Schon bei den Alten finden sich Andeutungen der Präventionstheorie. Dahin gehört unter andern die bekannte Aeusserung von *Seneca:* „Nam ut *Plato* ait, nemo prudens punit, *quia* peccatum est, sed *ne peccetur;* revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.“ (de Ira I. 16.) — *L.* 6. *D. de custod. reor.* — „Ne quid et aliud *postea* tale facere moliatur.“ *L.* 20. *in f. C. de furtis. L.* 14. *C. de poenis.* — Auch die Schriften *Französischer, Italienischer* und *Englischer* Criminalpolitiker (als *Servin, Beccaria, Filangieri, Cremani, Blackstone*) enthalten gelegentliche Aeusserungen, welche die Grundidee der Präventionstheorie aussprechen.

eine eigene Strafrechtstheorie aufgestellt, mit philosophischem Geiste ausgebildet und durchgeführt [d]); so dass Grolman als der Schöpfer der Präventionstheorie anzusehen, und diese eben daher nach ihm darzustellen und mit Rücksicht auf seine neueste Darstellung zu prüfen ist [e]).

In gedrängter Kürze, lässt sie sich auf folgende Sätze zurückführen:

1) der rechtliche Zustand wird nicht nur durch wirkliche Rechtsverletzungen gefährdet, sondern auch schon durch die blosse Gewissheit, dass man bei einem Menschen nicht auf die Wirksamkeit genügender Motive gegen unrechtliche Willensbestimmung rechnen könne. Zur Abwendung dieser Gefahr ist man daher Sicherungs- oder Präventionszwang zu gebrauchen berechtigt.

d) *Grolman über die Begründung des Strafrechts.* Giessen 1799. *Desselben* Abh.: *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben.* In dessen Magazin B. I. N. 5. S. 241. *Desselben Lehrbuch der Criminalrechtswiss.* IV. Ausg. Giessen 1825. §. 1—12. u. §. 16.

e) Von den früheren Vertheidigern der Präventionstheorie, deren Zahl niemals gros war, verliessen mehrere dieselbe wieder: z. B. *Stübel* und *von Almendingen.* Jetzt folgt ihr hauptsächlich noch *Tittmann* in s. *Handbuche der Strafrechtswiss.* II. Ausg. Th. I. §. 25 f.

2) Eine jede begangene Rechtsverletzung liefert den Beweis, dass es bei dem Beleidiger an hinreichenden Motiven zur rechtlichen Willensbestimmung fehle. Er ist sonach als ein Drohender zu betrachten.

3) Gegen den solchergestalt Drohenden findet also der Präventionszwang statt, welcher auf Herstellung des Zustandes der Gefahrlosigkeit abzweckt, und für diesen Zweck auf doppelte Art wirken kann, nemlich entweder durch Aufhebung der physischen Möglichkeit zu beleidigen (absolute Sicherungsmittel), oder durch Abschreckung des Beleidigers von weiteren Rechtsverletzungen, mittelst Zufügung eines Uebels.

4) *Rechtliche Strafe* ist daher ein Präventionsübel gegen willkürliche Störer des rechtlichen Verhältnisses. Die Strafen sind theils abschreckende, theils absolute Sicherungsstrafen. Das *Strafrecht* besteht in dem Rechte, dem willkürlichen Störer der rechtlichen Freiheit durch Präventionsübel zu begegnen. *Verbrechen* ist jede Aeusserung einer, zur Strafe rechtlich auffordernden Stimmung des Willens.

5) Der Staat muss jedoch die Präventionsübel vorher durch das *Strafgesetz* verkündigen, theils damit er die bestimmte Vorstellung der Strafbarkeit gesetzwidriger Handlun-

gen in dem Bewusstseyn eines Jeden erzeuge, theils damit er der Richterwillkür einen festen Damm entgegensetze. Die schon vorhandene, oder durch das *Strafgesetz* geweckte Vorstellung der, auf die That folgenden Strafe, wirkt für Jeden *abschreckend*, und auch die wirkliche *Bestrafung*, ob sie gleich nur auf den, bei dem Strafbaren zu erreichenden Zweck, gerichtet ist, dient dazu, jene *abschreckende Vorstellung bei Allen* zu erhalten *f*).

Indem ich mich nun zur Prüfung dieser Theorie wende, muss ich vor allen Dingen bemerken, dass sich solche, an dieser Stelle, nur auf die *reine*, *einfache Präventionstheorie*, wie sie von Grolman ursprünglich aufgestellt wurde, beziehen kann. Denn indem Grolman in der zweiten Ausgabe seines Lehrbuches die Androhungstheorie zu Hülfe nahm,

f) Beurtheilungen der Präventionstheorie finden sich besonders in folgenden Schriften: *Feuerbach Revision*, und dessen Schrift: *über Strafe als Sicherungsmittel. Welker über Recht, Staat und Strafe.* S. 233 f. *Henke Streit der Strafrechtsth.* S. 55 f. *Wirth Handb. der Strafrechtswiss.* S. 85 f. *Pölitz die Staatswiss.* Th. I. S. 275. *Stöckhardt Naturrecht* S. 268. *Vening* in der oben §. 51. n. e angeführten Diss. p. 94 s. *Hepp kritische Darst. der Strafrechtsth.* §. 8. *von Link über das Naturrecht als Grundlage der Strafrechtsth.* S. 71. N. 46.

und so eine Abschreckung Aller, durch die gesetzliche Verkündigung der Präventionsstrafe, für nothwendig erklärte, verliess er in der That die reine Präventionstheorie, und verknüpfte solche mit der Androhungstheorie, so dass hieraus eine *gemischte* (zusammengesetzte) Straftheorie entstand, in welcher Eigenschaft solche aber nicht hierher, sondern in die zweite Abtheilung dieses Capitels gehört. Nur darauf will ich hier, blos vorläufig, aufmerksam machen, dass, nach jener Ansicht, das Strafgesetz, welches doch schon durch Androhung der Strafe Allen zuvorzukommen bestimmt ist, in der *Verkündigung* bestehen soll, dass man dem Uebertreter durch *Zufügung* eines Uebels *zuvorkommen wolle.* Auch würden dann der Strafgesetzgeber, welcher Allen zuvorkommen will, und der Strafrichter, welcher dem einzelnen Thäter zuvorkommen soll, zwei ganz verschiedene und unvereinbare Maasstäbe für die Strafbestimmung anzuwenden haben.

Wider die *reine Präventionstheorie* erheben sich nun zunächst alle die allgemeinen Einwürfe, welche theils die ganze Gattung der Strafzufügungstheorien, theils diejenige Hauptart derselben treffen, die durch die Bestrafung auf den einzelnen Thäter einwirken will (§. 61. 62.). Dahin gehört: dass sie

das Strafurtheil und dessen Vollziehung auf einen Zweck berechnet; dass sie die nützlichen Folgen der Bestrafung mit dem Zwecke derselben, und den Hauptzweck mit den möglichen Nebenzwecken verwechselt; dass sie den Thäter wegen künftiger Verbrechen straft, so wie dass sie die Rechtsordnung nur gegen den einzelnen Bestraften und zwar nicht gegen das erste Verbrechen, sondern immer nur gegen wiederholte Verbrechen desselben, zu sichern bezweckt, mithin die, in möglichster Abwendung aller Störungen des Rechtsfriedens bestehende Aufgabe der Staatsgewalt nicht zu lösen geeignet ist.

Während diese allgemeinen Mängel allein schon die Unhaltbarkeit der Präventionstheorie beweisen, vermag solche auch die Ansprüche, welche man an eine philosophische Straftheorie zu machen hat, nicht zu befriegen, indem sie weder einen Rechtsgrund der Strafe, noch ein Princip für die Strafwürdigkeit, noch einen brauchbaren Maasstab für die Strafe aufstellt.

I) Die Präventionstheorie gibt *keinen haltbaren Rechtsgrund* für die Bestrafung.

Die Strafzufügung soll nemlich

A) in dem Bestraften diejenige *rechtliche Willensstimmung* erzeugen, welche bei Allen, als Bedingung der Rechtsordnung, erfor-

derlich ist, und deren Mangel er durch seine Handlung an den Tag gelegt hat. Nun hat aber der Staat kein *Recht*, zu fordern, dass Jeder sich das Rechtsgesetz zur Richtschnur seines *Wollens* mache, indem das Recht überhaupt blos äussere Handlungen zum Gegenstande hat. Nur die Tugendlehre macht es dem Menschen zur Pflicht, die Gesetze des Rechts auch als Normen des innern Wollens heilig zu halten. Der Strafrichter würde sich also in das Gebiet der Moral verirren, und rechtswidrig handeln, wenn er durch Strafzufügung eine rechtliche Willensstimmung erzwingen wollte. Ganz anders verhält sich es mit der Warnungstheorie. Dieser zufolge soll zwar das Strafgesetz auf den Willen einwirken. Allein theils soll es doch nur eine negative rechtliche Willensbestimmung erzeugen, theils und hauptsächlich, soll diese Gesinnung nicht durch äusseren Zwang und verursachte Leiden, sondern nur durch die warnende Stimme des Gesetzgebers bewirkt werden.

Hiernächst

B) ist die Bestrafung, der Präventionstheorie zufolge, durch die *Voraussetzung* bedingt, dass es bei dem Uebertreter an *einer rechtlichen Willensstimmung fehle*, und dass er, blos vermöge der begangenen That, als ein Drohender anzusehen sey, gegen wel-

chen daher Strafe, als ein Präventionszwang, statt finde. Diese Voraussetzung, und die darin liegende Rechtsvermuthung für den Rückfall, ist aber, in jener Allgemeinheit, offenbar ungegründet. Denn

1) eine begangene Rechtsverletzung beweisst an sich nur, dass der Beleidiger vor oder bei der That einen rechtswidrigen Willen hatte, keineswegs aber, dass er auch nachher noch rechtswidrig gesinnt sey. Freilich werden die Umstände der That, und die Persönlichkeit des Thäters, nicht selten die Annahme einer fortdauernden widerrechtlichen Willensstimmung desselben, entweder überhaupt, oder in Hinsicht der nemlichen Art von Beleidigungen, begründen und rechtfertigen. Allein dann ist es doch nicht die blosse That an sich, welche jene dauernde Willensstimmung voraussetzen lässt, indem solche vielmehr nur aus den besonderen Umständen derselben erkannt wird. Ausserdem sind wirklich begangene Rechtsverletzungen nicht der einzige Erkenntnissgrund der rechtswidrigen Gesinnung eines Menschen. Folgerichtig müsste man also gegen alle Personen, von denen es gewiss ist, dass sie sich das Rechtsgesetz nicht zur heiligen Regel gemacht haben, und von denen also Gefahren für die Rechtsordnung zu fürchten sind, Präventions-

zwang, mithin Strafe statt finden. Jene allgemeine Vermuthung für den Rückfall wird aber

2) nicht selten so durchaus grundlos seyn, dass vielmehr gerade das *Gegentheil* zu vermuthen, und daher als gewiss, oder doch als wahrscheinlich anzunehmen ist, dass der Thäter keineswegs dasselbe oder ein gleichartiges Verbrechen von neuem begehen werde. Denn viele verbrecherische Handlungen sind das Erzeugniss eines Zusammentreffens von Umständen, ohne deren Einfluss die That sicher nicht verübt worden wäre, und von denen es oft gewiss ist, dass sie nicht wiederkehren werden. Man setze z. B. den Fall, dass der Dieb, welcher aus Armuth und Noth stahl, nachher durch glückliche Ereignisse reich geworden ist, und sich also nicht wieder versucht sehen wird, fremdes Eigenthum zu verletzen. Gegen ihn würde daher die Zufügung einer Präventionsstrafe ganz unstatthaft seyn, weil sie nicht durch ihren Zweck gerechtfertiget würde, mithin widerrechtlich wäre. Ausserdem wird derjenige, welcher sich durch die Macht sinnlicher Antriebe und Gemüthsbewegungen zu einem Verbrechen hat hinreissen lassen, oder der nur aus Unbesonnenheit eine That beging, eben hierdurch für die Folge oft weit mehr gegen neue Versuchung und Uebereilung ge-

sichert seyn, als derjenige, welcher über die Stärke seiner sinnlichen Neigung, und über die Folgen der Unbesonnenheit, noch nicht durch eine so traurige und wirksame Erfahrung belehrt war. Man denke nur an einen übrigens rechtlichen Menschen, welcher entweder in der Hitze des Jähzorns, oder aus Unvorsichtigkeit, z. B. auf der Jagd, einen Andern getödtet hat. In allen dergleichen Fällen würde die Zufügung einer Präventionsstrafe nicht statt finden können, weil man als gewiss annehmen kann, dass ein solcher Uebertreter für die Folge weit mehr auf seiner Hut seyn wird, als die meisten übrigen Menschen.

Die Präventionstheorie führt also folgerichtig zu dem doppelten Widerspruche hin, dass auf der einen Seite, auch ohne eine wirklich begangene Rechtsverletzung, Strafen statt finden, auf der anderen Seite aber wirkliche Verbrechen straflos bleiben müssten. Dieser auffallende Widerspruch enthält aber zugleich einen weiteren Beweis dafür, dass es jener Theorie an einer rechtlichen Grundlage gebricht.

II) Die Präventionstheorie gibt kein richtiges *Merkmal der Strafwürdigkeit* der Handlungen. Denn ihr zufolge fällt der Begriff von Rechtsverletzung und von Verbrechen

ganz zusammen. Es würden daher *blos* Rechtsverletzungen, aber diese auch *sämmtlich*, als strafbare Handlungen anzusehen seyn, hierdurch aber die Strafwürdigkeit auf der einen Seite zu sehr beschränkt, auf der andern Seite zu weit ausgedehnt werden.

Endlich

III) müsste die Präventionstheorie, mit Consequenz durchgeführt, zur Aufstellung eines unrichtigen und unbrauchbaren *Maasstabes der Strafbarkeit* hinleiten. Denn da der Zweck der Strafzufügung auf das zu bestrafende Individuum berechnet wird, so müsste die Natur und Grösse der Präventionsstrafe nach der grösseren oder geringeren Gefährlichkeit und Abschreckungsfähigkeit des einzelnen Thäters zugemessen werden. Es würde also theils kein allgemeines Strafmaas möglich seyn, theils würde die Beachtung der subjectiven Strafbarkeit ein grosses Uebergewicht erhalten, theils würde die Anwendung jenes Strafmaases von der höchst unsicheren Beurtheilung des Grades der Wahrscheinlichkeit neuer Verbrechen desselben Thäters abhängig gemacht werden.

Eine Theorie, welche so mannichfaltige und grosse Mängel in sich vereinigt, ist durchaus nicht geeignet, ein System der Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft zu begründen.

§. 65.

b) *Selbsterhaltungstheorie.*

Eine andere Art der Vertheidigungstheorien besteht in der s. g. Selbsterhaltungstheorie oder Theorie der Nothwehr, welche *Schulze* [a]) zuerst als eine besondere Theorie aufstellte und bezeichnete, und welche nachher von *Martin* [b]) weiter ausgebildet und modificirt wurde.

I) Die Grundidee der *Schulzischen* Selbsterhaltungstheorie ist folgende: So wie dem einzelnen Menschen das Recht der Selbstvertheidigung, oder der Nothwehr zukommt, so hat auch der Staat, als moralische Person, das Recht der Selbstvertheidigung gegen seine Beleidiger (§. 250. 251.). *Strafwürdig* sind solche Handlungen, die den Zwecken

a) G. E. *Schulze Leitfaden der Entwickelung der philos. Principien des bürgerl. und peinl. Rechts.* Götting. 1813. §. 242 ff. Eine ähnliche Ansicht findet sich schon bei *Unterholzner* in *s. jurist. Abhandlungen.* München 1810. S. 201 f. — Gewissermaasen gehören hierher auch folgende Aeusserungen *Justinians:* — „cum multi paucorum animadversione salvantur.“ Nov. 30. c. 11. — „ut supplicium alios omnes faciat salvos.“ Nov. 17. c. 5.

b) *Martin Lehrbuch des Criminalrechts.* §. 11 f. und Vorrede S. IX f. der I. Ausgabe und S. VI f. der II. Ausg.

des Staats entgegen wirken. Diese müssen vom Staate zu seiner Selbsterhaltung geahndet werden (§. 273.). *Strafe* ist hiernach ein, dem Beleidiger, vom Staate, zu seiner Selbsterhaltung, zugefügtes Uebel. „Die *Bestrafung* jeder vollbrachten, oder beabsichtigten Beleidigung, sie mag von einem einzelnen Menschen, oder vom Staate verfügt werden, ist, wegen ihres, auf die Selbsterhaltung gerichteten Zweckes, ein *Wirken* gegen die, in der Beleidigung sich äussernde Thätigkeit, *um diese aufzuheben, deren Absicht zu vereiteln, und in Ansehung ihrer Wiederholung Sicherheit zu erhalten*" (§. 283.).

Gegen diese s. g. Selbsterhaltungstheorie ist jedoch

A) vor allen Dingen zu erinnern, dass sie auf einer *unrichtigen Voraussetzung* beruht. Diese besteht in der Annahme, dass der Staat, dem Beleidiger gegenüber, sich im Stande der Nothwehr befinde [c]). Ist es nun gleich richtig, dass durch das einzelne Verbrechen die Rechtsordnung gestört, und also die möglichst vollständige Erreichung des Staatszwecks beeinträchtigt wird, so steht

c) Feuerbach *Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs.* Th. II. S. 168 f. Henke *Handb. des Criminalrechts.* Th. I. §. 23.

doch deshalb, wenn man nur vom Hochverrathe absieht, selbst bei schwereren Verbrechen, die Existenz des Staats nicht auf dem Spiele, und es kann also von einer Nothwehr des Staats gegen den Beleidiger nicht die Rede seyn. Eine solche Ansicht von dem Verhältnisse des Staats zu dem Beleidiger ist auch um so unstatthafter, da letzterer, wie doch hier, wo von dessen Bestrafung die Rede ist, vorausgesetzt wird, sich bereits in der Gewalt des Staats befindet, wodurch allein schon der angebliche Stand der Nothwehr aufgehoben seyn würde. Hiernächst

B) ist überhaupt der Vertheidigungszwang, seinem Begriffe nach, *nur* gegen *bevorstehende*, oder *begonnene* Beleidigungen denkbar. Zur Abwendung jener findet *Prävention*, zur Hinderung dieser aber eigentliche *Defension* statt. Ist hingegen die Rechtsverletzung schon vollbracht, so kann nur noch Entschädigungszwang angewendet werden. Keine dieser verschiedenen Arten der Ausübung des, dem Staate, wie dem Einzelnen, wider den Beleidiger zukommenden Rechtes zu zwingen, passt aber unter den Begriff der Bestrafung, als der Zufügung eines Uebels zur Ahndung einer bereits begangenen Störung des Rechtszustandes. Eben daher enthält das Vertheidigungsrecht keinen Rechtsgrund für die Bestrafung. Wollte man jedoch

C) die *Bestrafung* einer geschehenen Beleidigung, als ein *Mittel zur Sicherung* des Staats betrachten, so würde jedenfalls die Selbsterhaltungstheorie *in eine andere Theorie übergehen*, mithin ihre Eigenthümlichkeit und Selbstständigkeit verlieren. Denn wenn

1) die Bestrafung des Beleidigers den, aus seiner That für die Rechtsordnung entspringenden, idealen Schaden aufheben soll, so fällt jene Theorie mit der *Vergütungs- oder Erstattungstheorie* zusammen, und hat dann alles das wider sich, was oben gegen letztere geltend gemacht worden ist (§. 56. 57.). Soll hingegen

2) die Strafzufügung den, vom bestraften Beleidiger zu besorgenden, neuen Rechtsverletzungen zuvorkommen, so wird sie zur *Präventionstheorie*, deren Unhaltbarkeit oben gezeigt wurde (§. 64.), und welche *Schulze* selbst missbilligt (§. 234. Anm.).

Wenn endlich

3) die eben gedachten *beiden Zwecke verbunden* durch die Bestrafung erreicht werden sollen, so würde daraus eine *gemischte* (zusammengesetzte) Straftheorie entstehen. Wirklich scheint dieses die Ansicht des Urhebers der Selbsterhaltungstheorie zu seyn, da er ausdrücklich sagt, die Bestrafung sey ein Wirken gegen die, in der Beleidigung sich

äussernde Thätigkeit, „um diese aufzuheben und in Ansehung ihrer Wiederholung Sicherheit zu erhalten.“ Dann würde aber die gedachte Theorie die gemeinschaftlichen Mängel aller gemischten Theorien theilen.

Da hieraus die Unhaltbarkeit der Selbsterhaltungstheorie deutlich hervorgeht, so bedarf es nicht des, übrigens leicht zu führenden Beweises, dass solche keinen brauchbaren allgemeinen Maasstab der Strafe darbietet, indem sich diese lediglich nach dem jedesmaligen Bedürfniss der, in der Bestrafung liegenden Vertheidigung, richten müsste [d]).

d) *Wirth* im *Handb. der Strafrechtswiss.* Breslau 1823. S. 231 f. bes. S. 248 f. stellt zwar das Princip der *psychischen Nothwehr* auf; allein in einem ganz anderen Sinne, als Schulze und Martin. Er folgt nemlich ganz der Theorie des psychischen Zwanges, und fügt nur noch für dessen Gebrauch die *Grenzbestimmung* hinzu, dass der Beleidiger immer zugleich als organisches Staatsglied behandelt werden müsse. Er will daher durch den Ausdruck Nothwehr nur das Erforderniss der *Nothwendigkeit* der Strafe, als Verhütungsmittel, ausdrücken. So sagt er z. B. S. 254. „Das beschränkende Wort *Noth* drückt in dem ihm *hier beigelegten Sinne* — lediglich die Beschränkung der Verhütungsmittel aus, dass sie so eingerichtet werden sollen, *wie es nöthig ist;* dass sie blos um desswillen gebraucht werden, weil andere Mittel nicht wirksam sind.“ Dass aber ein solcher Begriff der Nothwehr dem allgemeinen Sprachgebrauche widerspricht, diess ist eben so unverkennbar, als dass

II) *Martin* a. a. O. nennt die, von ihm genauer und eigenthümlich ausgebildete Selbsterhaltungstheorie, „die *Theorie der analogen Nothwehr des Staats*, als moralischer Person."

Bei Begründung dieser Theorie geht derselbe von der unbestreitbaren Voraussetzung aus, dass dem Staate, wie dem Einzelnen, das Selbsterhaltungsrecht, oder das Recht der Nothwehr zukomme, und sucht zu zeigen, dass die Bestrafung des Beleidigers als eine wirkliche und gehörige Ausübung dieses Rechts anzusehen sey, welches er auf folgende Weise zu deduciren sucht:

A) Jedes begangene Verbrechen erzeugt eine wirkliche *Gefahr für den Fortbestand des Staats*, indem es das Ansehen der Gesetze verletzt, ohne welches der Staat nicht fortbestehen kann.

B) Diese, dem Staat drohende Gefahr, wird durch die Zufügung einer, der Grösse derselben angemessenen Strafe, *abgewendet*, indem hierdurch das *Ansehen* des übertretenen *Gesetzes* allgemein, d. h. sowohl bei

hierin keine wirkliche Abweichung von der Feuerbachschen Theorie liegt, indem auch nach dieser die Strafe durch Nothwendigkeit bedingt ist.

dem Uebertreter, als auch bei allen übrigen Bürgern, *wieder befestigt* wird.

C) Die *Nothwendigkeit* der Strafzufügung zur Abwendung jener Gefahr ist vorhanden, wenn die Strafe vorher durch das Gesetz, um psychologisch wirken zu können, angedroht wird, indem alsdann die gelinderen Mittel zuvor erschöpft sind [e]).

Ist nun gleich die Martinsche Theorie von manchen Mängeln der Schulzischen Theorie frei, und auch mit positiven Vorzügen vor derselben begabt, so finden doch dagegen im Ganzen die nemlichen Zweifel statt, welche oben wider die letztere geltend gemacht wurden *f*). Insbesondere ist die Vergleichung des Staats, in seinem Verhältnisse zu dem, in seiner Gewalt befindlichen, und zu bestrafenden Beleidiger, mit dem, im Zustande der Nothwehr gegen den Angreifer befindlichen Menschen, nicht treffend, wie dann auch schon die Bezeichnung einer analogen Nothwehr dieses andeutet. Daneben liegt jener Theorie eine unrichtige Ansicht von dem Wesen der,

e) Diese Ansicht billigt zwar im Ganzen *von Weber* im *N. Archiv des Crim. R.* B. VI. S. 453—457., findet aber doch darin eine *Zusammensetzung* der Feuerbachschen und der Welkerschen Theorie.

f) *Hepp* a. a. O. §. 12.

aus begangenen Verbrechen für den Staat entspringenden Gefahr, zum Grunde. Denn einestheils besteht diese Gefahr nicht sowohl in der Minderung des Ansehens der Gesetze, als vielmehr in der Störung der Rechtsordnung, welche den Staatszweck ausmacht; anderntheils wird durch Rechtsverletzungen noch nicht der Fortbestand des Staates selbst gefährdet, sondern nur die möglichst vollständige Erreichung seines Zwecks gehindert. Auch wird ja vorausgesetzt, dass die Beleidigung bereits geschehen, mithin das Ansehen der Gesetze schon verletzt ist, wonach also nicht mehr von Abwendung der Gefahr, sondern nur noch von *Wiederherstellung* des verletzten Ansehens der Gesetze, mithin von Gutmachung eines bereits verursachten Schadens, die Rede seyn könnte. Ausserdem vermöchte jene Theorie jedenfalls keinen richtigen und brauchbaren Maasstab für die Strafe zu geben, indem diese lediglich nach den Principien von der Nothwehr, und nach dem Zweck der Herstellung des verletzten Ansehens des Gesetzes bestimmt werden, und also ihre Grösse sich nach dem, in jedem einzelnen Falle vorhandenen Bedürfnisse, richten müsste.

Aber auch von allen diesen, wie mir scheint, sehr gegründeten Zweifeln gegen die Martinsche Theorie abgesehen, bildet sol-

che in der That keine eigenthümliche, besimmte und selbstständige Theorie, sondern ist als eine, aus der Theorie des psychischen Zwanges, und der Erstattungstheorie *zusammengesetzte* (*gemischte*) Theorie anzusehen, wonach sie also theils zu den Strafandrohungs-, theils zu den Strafzufügungstheorien gehört. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgender Erwägung der Grundbestandtheile dieser Theorie:

A) *Martin* verlangt eine, der Bestrafung vorausgehende *allgemeine Androhung der Strafe durch Gesetz*, ohne welche er jede Strafzufügung für unerlaubt und rechtswidrig erklärt. Den Zweck des Strafgesetzes bestimmt er ausdrücklich dahin, dass dieses „*psychologisch gegen die Verübung des Verbrechens wirken*“ solle. Hierin liegt also eine deutliche Billigung der *Theorie des psychischen Zwanges*, wie denn auch *Martin* selbst erklärt, dass sich sein System des Strafrechts „dem Feuerbachschen, der psychologischen Abschreckung, am mehresten nähere.“ Nach beiden Theorien besteht der Zweck des Strafgesetzes in Verhütung der Verbrechen, durch Abschreckung Aller von deren Begehung. Wenn nun Martin noch weiter, als *End*zweck der beabsichtigten Verbrechensverhütung, die Erhaltung des Ansehens der Gesetze aufstellt,

während Feuerbach diesen Endzweck in die Erhaltung des rechtlichen Zustandes setzt, so ist jenes wohl nur als ein anderer Ausdruck für die nemliche Sache, jedenfalls aber weder als eine erhebliche Verschiedenheit, noch als eine Verbesserung anzusehen.

B) Den Zweck der *Strafzufügung* setzt *Martin* in die allgemeine *Wiederbefestigung des, durch die Uebertretung verletzten Ansehens des Gesetzes.* Hiernach liegt also in der Bestrafung keine Vertheidigung gegen die Gefahr einer bevorstehenden Beleidigung, mithin keine Nothwehr, sondern eine *Wiederherstellung* gegen den, dem Ansehen des übertretenen Gesetzes, durch die begangene That bereits zugefügten, idealen Schaden, mithin ein Gutmachen dieses Schadens. Dadurch fällt aber die Martinsche Theorie offenbar mit der Vergütungs- oder Erstattungstheorie zusammen, und hat also auch alles dasjenige wider sich, was oben gegen letztere eingewendet worden ist (§. 56. 57.).

Da solche, nach vorstehender Ausführung, zu den *gemischten* Theorien gehört, so muss ihrer, in dieser Eigenschaft, nochmals in der zweiten Abtheilung dieses Capitels gedacht werden (§. 68—79.).

§. 66.

b) *Theorie, nach welcher die Strafzufügung auf alle übrige Bürger einwirken soll — Abschrekkungstheorie.*

Es ist eine sehr alte, und sehr verbreitete Ansicht, dass durch Bestrafung des Thäters alle übrige Bürger von Verbrechen abgeschreckt werden sollen. Diese Abschrekkung soll aber entweder durch Wahrnehmung der, dem Sträfling durch die Execution zugefügten Leiden [a]), oder durch die, mittelst Zuerkennung und Vollziehung der Strafe, bei allen Bürgern hervorgebrachte Ueberzeugung, dass jedem Verbrechen nothwendig die Strafe folge [b]), bewirkt werden. Hauptsächlich auf

a) Diesen Zweck der Bestrafung sprechen viele Stellen des *Römischen Rechts* aus. *L.* 6. §. 1. *D. de poenis* — „ut *exemplo deterriti*, minus delinquant.“ *L.* 28. §. 15. *eod.* „ut *conspectu deterreantur* alii ab iisdem facinoribus.“ *L.* 31. *D. depositi* — „ut *exemplo* aliis ad deterrenda maleficia sit.“ *L.* 1. *C. ad L. Jul. repetundar.* — „ut *unius* poena, *metus* possit esse *multorum.*“ *Nov.* 30. *Cap.* 11. „— ita acerbe punito, ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continuo castiget.“ Die *P. G. O.* Art. 130. 131. 137. verordnet bei einigen ausgezeichneten Arten des Mordes Schärfung der Lebensstrafe „— *zu merer Forcht Andern*“ — „*um mehr Forcht willen*“ — „*um grösser Forcht willen.*“ Eben so wie *L.* 16. §. 10. *D. de poenis.*

b) *Gmelin Grunds. der Gesetzg. über Verbr. u. Strafen.* S. 35.

jene erstere Vorstellung bezieht sich die Bezeichnung der *Abschreckungstheorie* (Theorie der *unmittelbaren* Abschreckung, auch wohl, obgleich nicht treffend, Theorie der *physischen* Abschreckung, *exemplarische* Strafe).

Forscht man zunächst nach der *Quelle* beider Arten dieser Abschreckungstheorie, so besteht solche unverkennbar in einer *Verwechslung* des *Zwecks* der Bestrafung, mit den möglichen *Folgen* derselben, so wie des allgemeinen und *Hauptzwecks* der Strafe, mit den daneben möglicher Weise zu beachtenden *Nebenzwecken* (§. 19.). Allerdings kann und wird die genaue Anwendung des Strafgesetzes, durch Zuerkennung und Vollziehung der verwirkten Strafe, abschreckend und warnend wirken, und so den Zweck des Strafgesetzes befördern. Allein diess ist nur eine nothwendige oder zufällige *Folge* der Bestrafung, nicht aber der Rechtsgrund derselben, noch der Zweck, um dessentwillen das Strafurtheil gefällt und vollzogen wird. Auch kann der Richter, da, wo seinem Ermessen die Wahl der Strafe überlassen ist, hierbei zugleich den, als *Nebenzweck*, zu befördernden, grösseren Eindruck auf das Publicum beachten (§. 21.), und dieser Eindruck kann durch die, gesetzlich angeordnete, öffentliche Bekanntmachung der Strafurtheile und ihrer

Vollstreckung weiter verbreitet und erhöht werden. Auch dieser Nebenzweck enthält aber nicht den Rechtsgrund der Bestrafung.

Schon eine solche Nachweisung der Quelle, woraus die Abschreckungstheorie entsprungen ist, zeigt ihre Unrichtigkeit, indem sie, aus einer unverkennbaren Verwechslung wesentlich verschiedener Begriffe hervorgegangen, unmöglich das Gepräge der Wahrheit haben kann. Aber auch hiervon abgesehen, ist sie theils unhaltbar, theils unbrauchbar [c]). So einleuchtend nun auch beides seyn dürfte, so ist dessen Beweis doch um so weniger für überflüssig zu halten, je verbreiteter noch immer unter einem grossen Theile der Practiker die Idee des „*Exempelstatuirens*" zu seyn pflegt.

I) Als ganz *unhaltbar* ist die Abschreckungstheorie anzusehen, weil es ihr *an aller rechtlichen Grundlage gebricht.* Denn weder der Einzelne, noch der Staat, hat das Recht, einem Menschen Uebel zuzufügen, um dadurch die übrigen von Beleidigungen abzuhalten, und so sich selbst gegen mögliche Beleidiger zu sichern.

Der Bestrafte würde hierbei als Mittel für fremde Zwecke, mithin als Sache, be-

c) *Feuerbach Revision* Th. I. S. 95 f. *Wirth* a. a. O. S. 146 f. *Hepp* a. a. O. §. 7.

handelt; er würde der Sicherung der Uebrigen zum Opfer gebracht. Eine solche Behandlung desselben ist die ärgste Verletzung des Rechtsgesetzes, und der Staat, dessen Zweck in Handhabung des Rechts besteht, würde mit sich selbst in den grössten Widerspruch gerathen, wenn er die Rechtsordnung durch Rechtsverletzungen erhalten, und so das Mittel wider den Zweck gebrauchen wollte.

II) Die *Unbrauchbarkeit* der Abschrekkungstheorie zeigt sich

A) zunächst darin, dass die Bestrafung, als Mittel der Abschreckung Aller, *diesem Zwecke nicht entspricht.* Denn soll die Abschreckung durch den Anblick der, dem Sträfling mittelst der Execution verursachten Leiden bewirkt werden, so kann diess nur bei solchen Strafen eintreten, welche zur öffentlichen Vollstrekkung geeignet sind, insbesondere bei den immer seltner werdenden Lebensstrafen, und bei den, jetzt meist als unzweckmässig anerkannten Leibesstrafen. Sollen hingegen die Bürger, durch die Offenkundigkeit der erfolgten Bestrafung, zu der Beobachtung hingeleitet werden, dass auf dergleichen Handlungen nothwendig Strafe folge; so wird dieser Zweck durch die, ohnediess oft ausbleibende, Bestrafung des einzelnen Verbrechers gewiss in weit geringerer Maase erreicht werden, als durch

die gesetzliche Androhung der Strafe, deren Wirksamheit alsdann durch die Anwendung des Strafgesetzes nur noch erhöht wird.

Ausserdem vermag auch die Abschrekkungstheorie

B) keinen anwendbaren *Maasstab der Strafe* zu geben; denn die Grösse der, dem Uebertreter zuzufügenden Strafe, müsste sich nach der Nothwendigkeit derselben, zur Abschreckung Aller von ähnlichen Verbrechen, richten. Dafür fehlt es aber an allen sicheren Erkenntnissgründen. Auch würde jene Theorie folgerichtig zu einer grossen Härte der Strafe führen, indem der bezweckte abschreckende Eindruck auf das Publicum um so wirksamer seyn würde, je grösser die dem Uebertreter zugefügte Strafe wäre.

Zweite Abtheilung.

Zusammengesetzte Theorien.

§. 67.

Einleitung.

Die Aufstellung *mehrerer* Zwecke, welche durch Bestrafung eines Uebertreters *vereinigt* befördert werden könnten, findet sich schon bei den *Griechen* und *Römern*.

Plato [a]) setzt den Zweck der Bestrafung in die Besserung des Bestraften, und die Abschreckung Anderer durch das Beispiel; *Aristoteles* [b]) aber in Wiedervergeltung und Besserung. Aehnliche Ansichten hat *Cicero* [c]), indem er die Bestrafung für nöthig erklärt, „ut et ipse (qui punitur) ne quid tale posthac committat, et caeteri sint ad injuriam tardiores," und *Seneca*, welcher sagt: — „in vindicandis injuriis tria haec lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut eum, quem punit, emendet; aut ut poena ejus caeteros meliores reddat; aut, ut, sublatis malis, securiores caeteri vivant [d])." Ausserdem ergeben die, bei der obigen Darstellung der einfachen Straftheorien angeführten Gesetzstellen (§. 56. n. *d.* §. 59. n. *a.* §. 63. n. *a.* §. 64. n. *c.* §. 65. n. *a.* §. 66. n. *a.*), dass die Römischen Rechtsgelehrten und Gesetzgeber, nach Verschiedenheit der Verbrechen und der Strafe, mancherlei Strafzwecke, und zwar so

a) *Plato* in *Gorgia*. Edit. Bipont. Vol. IV. p. 168. Nach *Aulus Gellius* in noct. Att. L. VI. c. 14. stellte der griechische Philosoph *Taurus* noch einen dritten Zweck auf, nemlich Erhaltung der Ehre des Beleidigten.

b) *Aristoteles Rhetor.* L. I. Cap. 10.

c) *Cicero de Offic.* L. I. C. 11.

d) *Seneca de clementia.* L. I. C. 22.

angeben, dass sie keinen derselben bestimmt als ausschliesslich darstellen, ja selbst bei der nemlichen Strafe mehrere Zwecke mit einander verbinden. So sagt z. B. *Callistratus* [e]) — „ut et conspectu *deterreantur* alii ab iisdem facinoribus, et *solatio* sit cognatis et adfinibus interemtorum."

Auch bei früheren Schriftstellern neuerer Nationen findet sich nicht selten eine Verbindung mehrerer Strafzwecke, wie folgende Beispiele zeigen.

Grotius setzt den Strafzweck in Besserung des Bestraften, und Sicherung, sowohl des Beleidigten, als aller Uebrigen [f]); *Hobbes* in Besserung und in Abschreckung Anderer [g]); *Pufendorf* fügt diesen beiden Zwecken noch die Unschädlichmachung des Bestraften hinzu [h]); *Leyser* nimmt sechs bestimmte Strafzwecke an: „satisfactio laesi, pensatio mali cum malo, emendatio malefici, detractio virium nocendi, terror aliorum, incrementum aerarii", und fügt dann noch, als einen

e) L. 28. §. 15. *D. de poenis.*

f) *H. Grotius de iure belli et pacis.* L. II. c. 20. §. 7—9.

g) *Hobbes de cive.* Cap. 3. §. 11.

h) *Pufendorf de iure naturae et gent.* L. VIII. c. 3. §. 9.

unbestimmten Zweck, hinzu: „aut alia reipublicae utilitas" [i]); *Bannizza* setzt den Hauptzweck der Strafe in Erhaltung der Rechtssicherheit, die untergeordneten Zwecke aber in Besserung und Abschreckung [k]). Auch *Michaelis* verbindet mit dem Hauptzweck der Abschreckung durch das Gesetz, mehrere Nebenzwecke [l]). Nach *Böhmer* besteht der Zweck der Strafzufügung in Erhaltung der Ruhe und Sicherheit des Staats, theils durch Prävention gegen den Bestraften, theils durch Abschreckung der Uebrigen [m]).

Alle diese, und viele andere Verbindungen mehrerer Strafzwecke, bilden indessen noch keine eigentliche combinirte Strafrechtstheorien, da es ihnen an einer philosophischen Begründung und Durchführung fehlt, so dass sie, mehr oder weniger, nur als gelegentliche Aeusserungen, oder doch nur als ein blosses Aussprechen des Grundgedankens einer solchen Verbindung mehrfacher Strafzwecke anzusehen sind.

i) *Leyser medit. ad Pandect.* §. 649. m. 1.

k) *Bannizza delineat. iur. crim.* P. I. §. 152.

l) *Michaelis Mos. Recht.* Th. VI. Vorrede.

m) *J. F. F. Boehmer elem. iurispr. crim.* p. 223.

§. 68.

1) *Darstellung zusammengesetzter Theorien.*

Unter den, seit dem Beginne einer philosophischen Bearbeitung des Strafrechts, aufgestellten Theorien, finden sich auch verschiedene Versuche, durch Verbindung mehrerer Theorien die Aufgabe des natürlichen Strafrechts zu lösen. Hierdurch hoffte man das Wahre, was jede einfache Theorie enthält, sich insgesammt anzueignen, und daneben alle Einseitigkeit zu vermeiden. Daraus sind dann mancherlei *zusammengesetzte* (*gemischte*, *combinirte*, *syncretistische*) *Strafrechtstheorien* entstanden. Noch weit mehrere lassen sich aber aufstellen, da in Gemäsheit der Combinationslehre, nach Zahl und Art der Zusammenstellung einfacher Theorien, eine unendliche Mannichfaltigkeit solcher Combinationen möglich ist. Es kann eben daher nicht die Aufgabe gegenwärtiger Schrift seyn, alle dergleichen wirklich versuchte, oder denkbare Verbindungen hier darzustellen und zu prüfen; und dieses um so weniger, da unten gezeigt werden wird, dass die ganze Idee eines solchen Syncretismus überhaupt als unhaltbar anzusehen ist.

Alles, was geschehen kann und muss, um den Forderungen einer wissenschaftlichen

Untersuchung zu entsprechen, besteht darin, dass man einestheils die, im Einzelnen sehr mannichfaltigen und zahlreichen Zusammensetzungen, auf gewisse generische Verschiedenheiten zurückzuführen sucht, anderntheils merkwürdigere Beispiele einer jeden Gattung hinzufügt, und so durch beides die Beurtheilung der gemischten Theorien erleichtert.

Unter den zusammengesetzten Straftheorien finden sich aber folgende *allgemeinere Verschiedenheiten.*

I) Die gemischte Theorie besteht entweder in der Verbindung einer *absoluten* mit einer *relativen* Theorie, oder in der Verbindung *mehrerer relativen* Theorien. Letztere ist die gewöhnliche Combination; doch kommen auch Beispiele der erstern vor. So betrachtet z. B. *Krug* die Strafe zwar als die Folge einer moralischen Ordnung der Dinge, nimmt jedoch zugleich mehrere Zwecke der Bestrafung an [a]).

II) Die Verbindung verschiedener relativen Theorien stellt entweder *mehrere coordinirte* Zwecke, oder *einen Hauptzweck*, nebst andern *untergeordneten* Zwecken (*Nebenzwecken*) auf. Nur aus jener Verbindung entsteht jedoch eine zusammengesetzte Theo-

a) *Krug philos. Rechtslehre.* §. 63. S. 222—230.

rie. Wenn man hingegen neben dem eigentlichen, allgemein wesentlichen, und vorherrschenden Hauptzwecke, auch noch Nebenzwecke, welche möglicher Weise durch die Modalität der Strafe befördert werden können, ins Auge fasst, so sind diese es nicht, welche den Rechtsgrund der Strafdrohung und der Strafzufügung ausmachen, und welche den Character einer Straftheorie bestimmen (§. 20. S. 68. f. §. 21. S. 80.). Aus der Annahme und Beachtung solcher Nebenzwecke entsteht also keine zusammengesetzte Straftheorie.

III) Die Aufstellung mehrerer coordinirten Strafzwecke geschieht entweder so, dass sie sämmtlich verbunden befördert werden sollen, oder so dass, nach den Umständen, nur einer oder der andere Zweck zu verfolgen ist (*copulative* oder *alternative* Combinationen). Von letzterer Art ist insbesondere die Theorie von *Fichte*, welcher die Wiedervergeltungs-, Abschreckungs-, Präventions- und Besserungstheorie dergestalt verbindet, dass er jede derselben auf eine eigne Gattung rechtswidriger Handlungen bezieht [b]).

IV) Unter denjenigen zusammengesetzten Theorien, welche mehrere Strafzwecke *copulativ* aufstellen, findet sich eine weitere, je-

b) *Fichte Grundlage des Naturrechts.* Thl. II. S. 95 ff.

doch nicht specifische, sondern nur quantitative Verschiedenheit, hinsichtlich der *Zahl und Art* der verbunden aufgestellten *Strafzwecke*.

A) Manche gemischte Straftheorien stellen nemlich *viele* und *sehr verschiedenartige* Strafzwecke auf.

Als Proben solcher verwickelten Zusammensetzungen, mögen hier folgende Beispiele eine Stelle finden.

Meister setzt den Endzweck der Bestrafung in Verhinderung der Verbrechen, und zwar

1) in der Person des *Bestraften*, mittelst Versetzung desselben

a) in die *Unmöglichkeit* der Wiederholung,

b) in die *Unlust*, wodurch er theils *abgeschreckt*, theils moralisch, oder doch politisch *gebessert* werden soll;

2) in der Person *aller Uebrigen*, durch die, aus der Bestrafung hervorgehende Gewissheit der Verknüpfung eines physischen Uebels mit einem vorausgängigen moralischen Uebel [c]).

Krug betrachtet die Strafe als Folge einer moralischen Ordnung der Dinge, verbin-

c) J. C. F. *Meister* Lehrbuch des Naturrechts. Frankf. a. d. O. 1809. §. 583.

det aber doch Zwecke mit derselben, und setzt

1) den *nächsten* Zweck in die *äussere Darstellung der Heiligkeit des Rechtsgesetzes*, indem die Wahrnehmung der Strafe eine neue Verkündigung des Rechtsgesetzes enthalte;

2) der *entfernte* Zweck bestehe in *Sicherung des Rechts* durch die Strafe, als einen Zwang, der in Beziehung auf vergangene Beleidigungen ausgeübt wird, um künftige zu verhindern. Zu dem Ende soll die Strafe

a) auf die *Geneigtheit* zu Rechtsverletzungen einwirken, und zwar theils *hemmend*, durch *Abschreckung*, theils *vernichtend*, durch *Besserung;*

b) auch auf die *Fähigkeit* zu Rechtsverletzungen soll die Strafe theils *hemmend*, theils *vernichtend* einwirken: ersteres durch Beschränkung der Freiheit, letzteres durch Hinrichtung des Beleidigers [d]).

Nach solchen Combinationen dürfte es nicht befremden, wenn Jemand den Versuch machte, sämmtliche in der obigen Classificirung der Straftheorien bemerkte Strafzwecke

d) *W. T. Krug Dikäologie* oder *philos. Rechtslehre.* Königsberg 1817. §. 63. S. 225 f.

(§. 52.) zusammen zu stellen und solchergestalt eine recht umfassende, aber auch recht verwickelte, gemischte Theorie zu bilden.

Auch die *Welkersche* Theorie gehört, wenn gleich die aufgestellten sieben nächsten Strafzwecke, nach der Ansicht *Welkers*, sich in dem Grundgedanken der Wiederaufhebung des ganzen, der Rechtsordnung zugefügten, intellectuellen Schadens vereinigen sollen, in der That zu den sehr zusammengesetzten Theorien. Sie ist nemlich

1) *Vergütungstheorie*, indem sie den Strafzweck in die Wiederherstellung des idealen Schadens setzt; zugleich ist sie aber

2) *Verhütungstheorie*, indem nach ihr die Bestrafung

a) theils auf moralische, oder doch politische *Besserung* des Thäters,

b) theils auf *Reinigung des Staats* von dem ganz verderblichen Mitgliede,

c) theils auf *Abschreckung* Anderer abzweckt.

Hierüber beziehe ich mich auf die obige Ausführung (§. 57. I. B.).

B) Andere gemischte Straftheorien dieser Gattung haben eine weit *einfachere Zusammensetzung*, indem sie *nur zwei Strafzwecke* und zwar den einen für das *Strafge-*

setz, den andern für die *Strafzufügung*, annehmen [e]).

Unter diesen, auf einfachere Weise zusammengesetzten Theorien, findet sich aber noch ein weiterer Unterschied, je nachdem sie zwei *gleichartige*, oder *verschiedenartige* Strafzwecke annehmen.

1) Zu denjenigen Theorien, welche für das Strafgesetz und für die Strafzufügung *gleichartige Zwecke* aufstellen, gehört

a) die Verbindung der Theorie des *psychischen Zwanges* mit der *Präventionstheorie*. Diese will Abschreckung Aller durch das Strafgesetz, und Prävention gegen den Thäter durch die Strafzufügung, mithin theils *Generalprävention*, theils *Specialprävention* (oder auch General- und Specialabschreckung), wonach sie also eine Combination *zweier einfachen Verhütungstheorien* enthält.

Von dieser Art ist in der That die Theorie *Grolmans*. Zwar stellte derselbe ursprünglich die reine, einfache Präventionstheorie auf, nach welcher die Strafzufügung

e) Auch die von *Escher* in s. *vier Abhandlungen* S. 40. aufgestellte Theorie gehört zu den weniger complicirten, indem er nur Verhütungszwecke angibt, nemlich Abschreckung durch das Strafgesetz, und theils Prävention, theils Abschreckung, durch die Strafzufügung.

dem einzelnen Bestraften zuvorkommen soll. In der zweiten Ausgabe seines Lehrbuches änderte er aber seine Ansicht wesentlich ab, indem er eine, der Zufügung der Präventionsstrafe vorausgehende, gesetzliche Verkündigung (Androhung) derselben für nothwendig erklärte, wonach also das *Strafgesetz Allen*, die *Strafzufügung* aber dem *Bestraften* zuvorkommen soll (§. 64.).

Ausdrücklich und bestimmt bekennen sich zu einer solchen Combination der Abschrekkungstheorie mit der Präventionstheorie, *Oersted* f) und *Stübel* g).

b) Auch die *Feuerbachsche* Theorie ist dieser einfachsten Art zusammengesetzter Theorien beizuzählen. Denn sie nimmt gleichfalls einen Zweck für das *Strafgesetz*, und einen andern Zweck für die *Strafzufügung* an. Durch ersteres sollen Alle von Rechtsverletzungen abgeschreckt, durch letztere soll der gesetzlichen Strafdrohung Wirksamkeit gegeben werden h). Sie dualisirt also den

f) *Oersted Grundregeln der Strafgesetzg.* §. 9. bes. S. 56. a. E.

g) *Stübel allg. Bemerk. über den zweiten Theil des Strafgesetzb.* §. 3. Im Anhange zu *Mittermaier über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgeb.* Heidelb. 1825.

h) *v. Feuerbach Lehrb. des peinl. R.* §. 14 u. 16.

Strafzweck, und ist in der That theils *Strafandrohungs*theorie, theils *Strafzufügungs*theorie. Zwar sollen beide, die Androhung und die Vollziehung der Strafe, *abschreckend* wirken; (weshalb denn auch diese Verbindung als die gleichartigste und einfachste anzusehen ist). Allein es soll doch *jede auf eine andere Weise* wirken. Das *Strafgesetz* soll die Strafe, als eine nothwendige Folge der That, verkündigen, und hierdurch Alle von Rechtsverletzungen psychisch abschrecken. Das *Strafurtheil* und dessen *Vollstreckung* (die Strafzufügung) soll hingegen dem Strafgesetze Wirksamkeit geben, indem es die Bürger, durch die Wahrnehmung der Vollstrekkung, von der Ernstlichkeit der Drohung überzeugen, und sie solchergestalt mittelbar abschrecken soll, wodurch sich also die Strafe, in der Zufügung, als exemplarische Strafe darstellt (§. 21. u. 38.).

2) Als eine Theorie, welche für das Strafgesetz, und für die Strafzufügung *verschiedenartige Zwecke* annimmt, ist die, von *Martin* aufgestellte Straftheorie, zu betrachten. Nach Martin soll nemlich das *Strafgesetz* der Begehung verbrecherischer Handlungen psychologisch entgegenwirken, die *Strafzufügung* aber das, durch die Uebertretung verletzte, Ansehen des Gesetzes wieder

befestigen, mithin den, demselben zugefügten, idealen Schaden wieder herstellen. Da also die Strafdrohung *verhütend*, und die Strafzufügung *gutmachend* wirken soll, so liegt hierin wirklich eine Verbindung der *Abschreckungs*theorie mit der *Erstattungs-* oder *Wiederherstellungs*theorie (§. 65. II.).

§. 69.

II) *Beurtheilung der zusammengesetzten Theorien:* A) *im Allgemeinen* [a]).

Wenn man nun vor allen Dingen nach den *Quellen* forscht, woraus die Bildung zusammengesetzter Straftheorien hervorgegangen ist; so bestehen diese zunächst in der Beobachtung, dass eine jede Theorie auf der einen Seite etwas Wahres enthalte, auf der andern Seite aber entweder offenbare Mängel an sich trage, oder doch erheblichen Zweifeln ausgesetzt sey. Man wähnte daher, durch eine Verbindung mehrerer oder vieler Theorien werde es gelingen, auf der einen Seite die eigenthümlichen *Vorzüge* aller zu vereinigen, auf der andern Seite hingegen die *Mängel* ei-

a) Meine *Grundlinien des philos. Criminalrechts.* §. 13. *Wirth Handbuch* Th. I. S. 13. *Vening Diss. saep. cit.* p. 57. *Hepp* a. a. O. S. 19.

25*

ner jeden einzelnen Theorie zu heben, insbesondere aber alle Einseitigkeit und Unzulänglichkeit der verschiedenen Theorien zu vermeiden. Das Irrige einer solchen Ansicht ist nicht zu verkennen, und es muss also schon die Täuschung, aus welcher die Versuche einer Verbindung und Mischung verschiedener Straftheorien entsprungen sind, gegründete Zweifel wider die Möglichkeit ihres Gelingens erregen.

Bei einer näheren Prüfung zeigt sich denn auch die Idee einer Combination mehrerer Theorien, schon im Allgemeinen betrachtet, aus folgenden Gründen, als ganz unhaltbar.

1) Die verschiedenen einzelnen Theorien werden durch eine solche Verbindung *nur äusserlich zusammengestellt*, nicht aber innerlich, d. h. durch ein höheres Grundprincip, vereinigt und zu lebendiger Einheit verschmolzen. Sie werden dabei nicht, als sich gegenseitig ergänzende und bestimmende Theile eines Ganzen, in eine nothwendige Wechselbeziehung gesetzt, sondern stellen vielmehr eine blosse Häufung verschiedenartiger, und sich fremd bleibender Elemente dar. Der Versuch einer Combination verschiedener Theorien widerspricht daher schon der ersten Forderung an das Grundprincip einer Wis-

senschaft, welches durchaus nur Eins seyn kann.

2) Wenn es auch möglich wäre, der, durch eine solche Verbindung gebildeten Theorie, die eigenthümlichen Vorzüge aller einzelnen combinirten Theorien beizulegen, so würde dieselbe doch zugleich auch die *sämmtlichen Mängel* derselben in sich *vereinigen*. Und diese Mängel würden durch die Combination nicht nur nicht geheilt, sondern vielmehr noch *gesteigert* werden, und nun weit greller hervortreten.

Eine nothwendige Folge dieser beiden Gebrechen aller gemischten Straftheorien besteht ferner

3) in den, unvermeidlich daraus hervorgehenden *Widersprüchen*, so wie in dem unausbleiblichen Mangel an Folgerichtigkeit, und Bestimmtheit, woraus dann die gefährlichste Willkür hervorgehen würde. Auch kann

4) eine zusammengesetzte Theorie unmöglich einen richtigen und brauchbaren *Maasstab der Strafbarkeit* geben, und ist also nicht im Stande, eine der wichtigsten Aufgaben einer Strafrechtstheorie zu lösen. Denn wie wäre es ausführbar, ja nur denkbar, durch verschiedenartige, sich oft gegenseitig bedingende, oder ausschliessende Zwecke, und durch von einander abweichende Grund-

sätze geleitet, ein allgemeines, dem wahren Grade der Strafwürdigkeit der verbrecherischen Handlungen entsprechendes, Strafmaas auszumitteln? Der Gesetzgeber, welcher sein Strafgesetzbuch auf eine solche zusammengesetzte Theorie gründen (so wie der Strafrichter, welcher sein Urtheil darauf bauen) wollte, würde dem Wanderer gleichen, welcher zwei, in verschiedener Richtung gesetzte Ziele, auf ein Mal zu erreichen strebte. So wie dieser, würde der Strafgesetzgeber (oder der Richter), indem er den Weg nach dem einen Ziel einschlüge, sicher das andere verfehlen, und, falls er einen Mittelweg versuchen wollte, keines von beiden erreichen.

Alle diese, eben so grossen, als unverkennbaren Mängel gemischter Straftheorien, müssen aber nothwendig um so auffallender werden, und um so nachtheiligere Folgen haben, aus je mehreren und verschiedenartigeren einfachen Theorien eine gemischte Theorie zusammengesetzt ist.

Ergibt sich nun gleich aus diesen Bemerkungen die allgemeine Unstatthaftigkeit einer jeden Art von Combination verschiedener Straftheorien schon zur Genüge, so wird doch die Richtigkeit dieser Ansicht noch eine weitere Bestätigung erhalten, wenn nun auch die Hauptarten, auf welche ich oben (§.

68.) die gemischten Straftheorien zurückzuführen versucht habe, in besonderer Rücksicht auf ihre Eigenthümlichkeit, noch einer weiteren Prüfung unterzogen werden.

§. 70.

B) *Prüfung der verschiedenen Arten zusammengesetzter Theorien.*

I) Die Verbindung einer *absoluten* mit einer *relativen* Straftheorie enthält einen auffallenden Widerspruch. Denn das Wesen der ersteren besteht darin, dass die *Bestrafung* eines Verbrechens *durchaus nicht* auf einen Zweck gerichtet sey, während umgekehrt das Wesen der letzteren gerade in einer Beziehung der Strafzufügung auf einen, durch dieselbe, als Mittel, zu erreichenden *Zweck* besteht. Durch eine solche Combination ganz unvereinbarer Elemente würde man also die *Bestrafung* als etwas ganz *Unbedingtes*, und zugleich als etwas durch einen gewissen Zweck *Bedingtes* aufstellen, mithin sich selbst widersprechen.

Hiermit wird man es jedoch, nach den obigen Ausführungen, nicht verwechseln, wenn die Warnungstheorie, welche für das *Strafgesetz* einen Zweck annimmt, mithin zu den relativen Theorien gehört, für das

Strafurtheil keinen weiteren Zweck aufstellt, sondern dasselbe als eine blosse rechtliche Folge des Strafgesetzes und der Uebertretung, mithin, wegen dieser Unabhängigkeit von einer Zweckbeziehung, und nur in diesem bestimmten Sinne, als etwas Absolutes betrachtet (§. 21. 38. 43. 47. II.).

II) Die Combination mehrerer *alternativ* zu verfolgender Strafzwecke widerspricht dem nothwendigen Erfordernisse der *Einheit* des obersten Grundsatzes einer Theorie, und des darauf zu bauenden Systems. Auch fehlt es ihr jedenfalls an einem leitenden Grundsatze für die Beantwortung der Frage, bei welcher Gattung von Verbrechen der Gesetzgeber den einen, oder den andern Strafzweck ins Auge fassen soll, indem weder die Quellen der Verbrechen, noch deren Gegenstände und Wirkungen, hierüber eine genügende Auskunft zu geben vermögen. Eben daher bedarf die Theorie von *Fichte*, welche eine solche *alternative* Coordination verschiedener Strafzwecke enthält, schon aus diesem Grunde, keiner weiteren Prüfung. Ausserdem ist gegen diese Theorie noch zu bemerken, dass sie theils auf der, oben (S. 83. 84.) schon als unrichtig dargestellten, Voraussetzung der gänzlichen Rechtlosigkeit des Beleidigers, theils auf der

Fiction eines Abbüssungsvertrages, mithin auf zwei ganz unhaltbaren Grundlagen beruht.

III) Die Unstatthaftigkeit einer Zusammenstellung *vieler* und *verschiedenartiger Strafzwecke* springt schon beim ersten Blick so deutlich ins Auge, dass es nicht nöthig ist, dieselbe noch weiter nachzuweisen. Eine solche Combination trägt die allgemeinen Mängel gemischter Theorien nur noch in weit höherer Maase an sich, und erzeugt nothwendig mancherlei Verwickelungen und grelle Widersprüche.

IV) Es bleiben also nur noch diejenigen gemischten Theorien zu beurtheilen übrig, welche von der einfachsten Zusammensetzung sind, indem sie nur *zwei Strafzwecke*, nemlich den einen für die *gesetzliche Strafdrohung*, den andern für die *richterliche Strafzufügung*, aufstellen.

Bei diesen Theorien finden sich freilich die allgemeinen Fehler der gemischten Theorien, eben wegen ihrer grösseren Einfachheit, nur in geringerem Grade, und so mag es wohl kommen, dass sie leichter übersehen werden. Dennoch sind aber auch diese einfacher combinirten Theorien als unhaltbar zu betrachten. Denn

A) sie tragen *sämmtliche Mängel* der reinen Straf*zufügungstheorien* an sich.

Indem sie nemlich

1) für das *Strafurtheil* einen, durch dasselbe zu erreichenden *Zweck aufstellen*, verstossen sie gegen die Unabhängigkeit des, zur rücksichtslosen Anwendung der Strafgesetze verpflichteten Richteramtes, von aller Berechnung seiner Erkenntnisse auf gewisse, von der Klugheit gesetzte Zwecke. Ueber die Unstatthaftigkeit einer solchen Zweckbestimmung für die Urtheile der Strafgerichte, und über die, daraus nothwendig entspringenden, gefährlichen Folgen, beziehe ich mich auf die früheren, diesem Gegenstande gewidmeten Ausführungen (§. 21. 38. 43. 47.). Daneben

2) stellen sie dasjenige, was eine oft eintretende, erwünschte, *Wirkung* und *Folge* der Strafzufügung seyn wird, als den *Zweck* derselben, so wie das, was der Gesetzgeber und Richter, unter Umständen, als einen *Nebenzweck* beachten kann, als den allgemeinen und *Hauptzweck* der Strafe auf, und beruhen also auch auf einer doppelten Verwechslung wesentlich verschiedener Begriffe (§. 19.). Auch wird,

3) jenen Theorien zufolge, der Uebertreter nicht blos wegen der von ihm begangenen That, sondern zugleich wegen *künftiger*, von ihm selbst, oder von Anderen zu besorgen-

der Verbrechen bestraft, wozu es aber an einem haltbaren Rechtsgrunde gebricht.

Zu diesen allgemeinen Mängeln aller Strafzufügungstheorien, kommt nun aber

B) noch ein besonderer, jener Art von gemischten Straftheorien *eigenthümlicher Mangel.* Dieser besteht in der *Unvereinbarkeit* der *beiden Maasstäbe der Strafbarkeit*, welche diese Theorien für den *Gesetzgeber* und, beziehungsweise, für den *Richter*, nach der Verschiedenheit des, für das Strafgesetz, und für das Strafurtheil angenommenen Zwecks, aufstellen. Der Gesetzgeber und der Richter gleichen hiernach zweien Wanderern, deren jeder, von demselben Puncte ausgehend, ein anderes, und in anderer Richtung aufgestecktes Ziel, erreichen soll. Mit jedem Schritte vorwärts, werden sich deren Wege immer weiter von einander entfernen, und niemals werden sie auf diesen Wegen wiederum an einer Stelle zusammentreffen.

Um sich von der Richtigkeit dieser Bemerkung zu überzeugen, darf man nur das, von jenen gemischten Theorien für den Gesetzgeber, und das für den Richter aufzustellende Strafmaas, mit einander vergleichen.

1) Da der Zweck des *Strafgesetzes*, diesen Theorien zufolge, in Abschreckung Aller

von Rechtsverletzungen besteht, so muss der *Gesetzgeber* die Grösse des, zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Strafübels, nach der Stärke des, dadurch zu unterdrückenden sinnlichen Antriebes beurtheilen, und daher letztere zum *Maasstabe* der anzudrohenden Strafe machen. Er muss daher ein so grosses Strafübel drohen, als in abstracto zur Abschreckung Aller für hinreichend zu halten ist (§. 37.).

2) Der Zweck des *Strafurtheils* sammt dessen Vollziehung, oder der Strafzufügung, besteht hingegen

a) nach der *Präventionstheorie* in Abschreckung des *Beleidigers* von weiteren Rechtsverletzungen. Daher muss der Richter die Natur und Grösse der zuzuerkennenden Präventionsstrafe nach der Individualität des Thäters, insbesondere nach der grösseren oder geringeren Abschreckungsfähigkeit desselben, mithin *nach einem ganz anderen Maasstabe* zumessen, und wird daher auch zu einem *ganz anderen Resultate* gelangen, als der Strafgesetzgeber, woraus sich dann die Unvereinbarkeit der beiden äusserlich zusammengestellten Theorien zur Genüge ergibt. Dasselbe gilt, und zwar noch in höherer Maase,

b) von dem Versuche *Martins*, die *Erstattungstheorie* mit der Abschreckungstheorie zu verbinden. Denn da mittelst der Strafzufügung das, durch die That verletzte Ansehen des Gesetzes wiederhergestellt werden soll, so müsste der Richter die Natur und Grösse der, in jedem einzelnen Falle zuzuerkennenden Herstellungsstrafe, mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit und Zulänglichkeit derselben zur Wiederbefestigung des Ansehens des übertretenen Gesetzes, zumessen, während hingegen der Gesetzgeber die anzudrohende Strafe in abstracto nach dem Bedürfnisse derselben zur Abschreckung Aller zu bestimmen hätte. Auch diese Combination führt also den Gesetzgeber und den Richter auf ganz verschiedene Wege, auf welchen sie unmöglich zu einem gemeinschaftlichen Ziele gelangen können. Die Unvereinbarkeit dieser durchaus verschiedenen Richtungen, und die wesentliche Verschiedenheit der daraus hervorgehenden Ergebnisse, liefern also den bündigsten Beweis der Unmöglichkeit einer wahren, inneren Vereinigung der beiden, nur äusserlich verbundenen Theorien.

Das allgemeine Resultat dieser Darstellung und Prüfung der *gemischten* Theorien überhaupt, und ihrer einzelnen Arten, dürfte

hiernach wohl in der Ueberzeugung eines jeden unbefangenen Forschers bestehen, dass sämmtliche, selbst die einfachsten, Zusammensetzungen verschiedener Straftheorien, als unhaltbar anzusehen sind, so wie dass sie die Aufgaben einer philosophischen Strafrechtstheorie nicht zu lösen vermögen.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Druck von Friedrich Ernst Huth.

p 142

H. HEINRICH
Buchbinderei

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bauer, Anton,

Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien

Göttingen 1830

Crim. 10 a
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10393717-1